

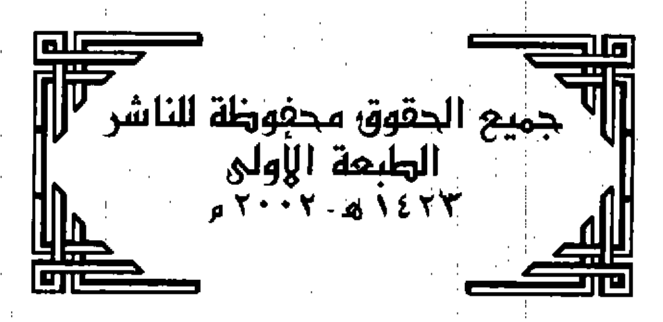
في فروع مذهب الإمام الشافعي
رضي الله عنه

تأليف
الشيخ الإمام أبي المحاسن
عبد الواحد بن إسماعيل الروياني
المتوفى سنة ٥٠٢ هـ

حققه وعلق عليه
أحمد عزو عناية الدمشقي

الجزء العاشر

دار إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان



الطبعة الأولى
١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الطَّلَاقِ[1]

بَابُ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ وَوَجْهِهِ وَتفْرِيعِهِ

مِنَ الجَامِعِ مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ القُرْآنِ وَمِنْ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ

وَمِنْ جماعِ عشْرَةِ النِّسَاءِ وَغيْرِ ذَلِكَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وَقَدْ قُرِئَتْ لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ (قَالَ) وَالمَعْنَى وَاحِدٌ».

قال الماوردي: الأصل في إباحة الطلاق الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وهذا وإن كان خطاباً للنبي ﷺ فهو عام الحكم فيه وفي جميع أمته.

فهو من الخاص الذي أريد به العموم.

فروى قتادة عن أنس قالَ طَلَّقَ رَسُولُ الله ﷺ حفصَة فَأَتَتْ أَهْلَهَا فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ فقيل له: راجِعْهَا فَإِنَّهَا صَوَّامَةٌ قَوَّامَة وَهِيَ مِنْ أَزْواجِكَ فِي الْجَنَّةِ.

وقوله تعالى: ﴿لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي في طهرهن إذا لم يجامعن فيه.

وروي أن النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْرَأُ فَطَلِّقُوهُنَّ لقبل عِدَّتِهِنَّ.

---

(١) أخي القارىء: من بداية كتاب الطلاق وإلى باب طلاق الوقت والمكره تم وضعه من كتاب الحاوي الكبير فليعلم.

قال الشافعي والمعنى واحد وقال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وفي قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ تأويلان:

أحدهما: أنه بيان لعدد الطلاق وتقديره بالثلاث وأنه يملك الرجعة في الاثنتين ولا يملكها في الثالثة، وهو قول عروة وقتادة.

روى هشام بن عروة عن أبيه. كَانَ الرَّجُلُ يُطَلِّقُ مَا شَاءَ، ثم إن راجع امرأته قبل أن تنقضي عدتها كانت زوجته، فغضب رجل من الأنصار على امرأته فقال لها: لا أقربك ولا تخلصين مني، قالت له: وكيف؟ قال أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك. ثم أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك. قال: فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ، فأنزل الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ الآية.

فقدره بالثلاث، ولذلك قال عروة نزل الطلاق موافقاً لطلاق الأعشى في تقديره بالثلاث حين يقول:

أجارتنا بيني فإنك طالقه ... وموموقة ما أنت فينا ووامقه

أجارتنا بيني فإنك طالقه ... كذاك أمور الناس تغدو وطارقه

وبيني فإن البين خير من العصا ... وإلا تزالي فوق رأسك بارقه

والتأويل الثاني: أنه بيان لسنة الطلاق أن يوقع في كل قرء واحدة وأن لا يجمع بينهم في قرء واحد، وهو قول ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وأبي حنيفة.

وفي قوله: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] تأويلان:

أحدهما: أن الإمساك بالمعروف الرجعة بعد الثانية والتسريح بالإحسان الطلقة الثالثة.

روى سفيان عن إسماعيل بن سميع عن أبي رزين قال: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَأَيْنَ الثَّالِثَةُ؟ قَالَ: إِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ[1].

وهو قول عطاء ومجاهد.

والتأويل الثاني: فإمساك بمعروف الرجعة بعد الثانية أو تسريح بإحسان هو الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها.

وهذا قول السُّدي والضحاك.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى عن أنس بن مالك (٧/ ٣٤٠) والدارقطني في سننه (٤/ ٤).

وقال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ وقال تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية.

فأما السنة: فروى حميد بن عبد الرحمٰن عن أبي موسى قال: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ يَقُولُ أَحَدُكُمْ لامْرَأَتِهِ قَدْ طَلَّقْتُكِ قَدْ رَاجَعْتُكِ لَيْسَ هَذَا طَلَاق الْمُسْلِمِينَ. تُطَلَّقُ الْمَرْأَةُ فِي قبلِ عِدَّتِها[١].

وروى محارب بن دثار عن ابن عمر أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: أَبْغَضُ الحَلَالِ إلَى اللّهِ الطَّلَاقُ[٢].

وروي أَنَّ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُمّ جَدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ والْعِتَاقُ[٣].

وروي أنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَلَّقَ حَفْصَةَ وَاحِدَةً ثُمَّ رَاجَعَهَا[٤].

وروي عنه ﷺ أَنَّهُ تَزَوَّجَ الْعَالِيَةَ بِنْتَ ظِبْيَان فَمَكَثَتْ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللّهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا[٥].

فإذا ثبت إباحة الطلاق بالكتاب والسنة وما تعقبهما من إجماع الأمة فالطلاق في اللغة هو التخلية، مأخوذ من قولهم نعجة طالق إذا خليت مهملة بغير راع.

ومنه قول النابغة:

تَنَاذَرَهَا الرَّاقُونَ مِنْ سُوءِ سَمِّهَا ... تُطَلِّقُ طَوْراً وطوراً تراجع

فصل

والطلاق لا يصح ألا من زوج ولا يقع إلا على زوجة. فيختص الزوج بالطلاق وإن اشتركا الزوجان في عقد النكاح، وهو أحد التأويلات في قوله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] إن الرجل يملك الطلاق ولا تملكه الزوجة. فإن قيل فلم اشترك الزوجان في النكاح وتفرد الزوج بالطلاق. قيل لأمرين:

أحدهما: أنه لما اشترك الزوجان في الاستمتاع جاز أن يشتركا في عقد النكاح، ولما اختص الزوج بالتزام المؤونة جاز أن يختص الزوج بإيقاع الفرقة.

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤/ ١٩٥).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٧٨) وابن ماجه (٢٠١٨).

(٣) ذكره ابن حجر في تلخيص الكبير (٣/ ٢٠٩).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٨٣) وابن ماجه (٢٠١٦) والنسائي (٣٥٦٠).

(٥) أخرجه الزهري في الطبقات الكبرىٰ (٨/ ١٤٢).

والثاني: أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها، لأن شهوتها تغلبها فلم تؤمن منها معاجلة الطلاق عند التنافر والرجل أغلب لشهوته منها. وأنه يؤمن منه معاجلة الطلاق عند التنافر.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَطَلَّقَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فِي زَمَانِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ عُمَرُ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلِّقَ لَهَا النِّسَاءَ» (قَالَ) وَقَدْ رَوَىٰ هَٰذَا الحَدِيثَ سَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ وَيُونُسُ بْنُ جُبَيْرٍ عَنِ ابْنِ عُمَرَ يُخَالِفُونَ نَافِعاً فِي شَيْءٍ مِنْهُ قَالُوا كُلُّهُمْ عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ» وَلَمْ يَقُولُوا ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ (قَالَ) وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ عَلَى الحَائِضِ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَأْمُرْ بِالْمُرَاجَعَةِ إِلَّا مَنْ لَزِمَهُ الطَّلَاقُ».

قال الماوردي: الطلاق ينقسم ثلاثة أقسام: طلاق سنة، وطلاق بدعة، وطلاق لا سنة فيه ولا بدعة.

فأما طلاق السنة فهو: طلاق المدخول بها في طهر لم تجامع فيه.

وأما طلاق البدعة فطلاق اثنتين الحائض والطاهر التي قد جومعت في طهرها أما الحائض فكان طلاقها بدعة؛ لأنها طلقت في زمان لا يحتسب به من عدتها وأما المجامعة في طهرها. فلإشكال أمرها هل علقت منه فلا يعتبر بالطهر وتعتد بوضع الحمل. أو لم تعلق منه فتعتد بالطهر.

وأما التي لا سنة في طلاقها ولا بدعة فخمس: الصغيرة والمؤيسة والحامل وغير المدخول بها والمختلعة.

أما الصغيرة والمؤيسة فلاعتدادهما بالشهور التي لا تختلف بحيض ولا طهر.

وأما الحامل فلاعتدادها بوضع الحمل الذي لا يؤثر فيه حيض ولا طهر.

وأما غير المدخول بها فلأنه لا عدة عليها فيؤثر فيها حيض أو طهر.

وأما المختلعة فلأن خوفهما من أن لا يقيما حدود الله يقتضي تعجيل الطلاق من غير اعتبار سنة ولا بدعة.

وإذا انقسم الطلاق على هذه الأقسام الثلاثة فقسمان منهما يجمع على وقوع الطلاق فيهما:

أحدهما: طلاق السنة. مجمع على وقوعه.

والثاني: ما لا سنة فيه ولا بدعة مجمع على وقوعه.

والثالث: مختلف فيه وهو طلاق البدعة في حيض أو في طهر مجامع فيه. فهو محظور محرم بوفاق. واختلف في وقوعه مع تحريمه. فمذهبنا أنه واقع وإن كان محرماً. وهو قول الصحابة والتابعين وجمهور الفقهاء.

وحكي عن ابن علية والسبعة وبعض أهل الظاهر أنه غير واقع استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] فاقتضى ذلك الفرق بين المأمور به والمنهى عنه في الوقوع كما اقتضى الفرق بينهما في التحريم.

وبما روى ابن جريج عن أبي الزبير: قال: سَأَلَ عَبْدُ الرَّحْمٰنِ بْنُ أَيْمَنَ عَبْدَ اللَّهِ بِنَ عُمَرَ وَأَبُو الزُّبَيْرِ يَسْمَعُ عَنْ رَجُل طَلَّقَ زَوْجَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ طَلَّقْتُ زَوْجَتِي وَهِيَ حَائِضٌ فَسَأَلَ عُمَرُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَرَدَّهَا عَلَيَّ وَلَمْ يَرَهُ شَيئاً[(١)] وهذا نص في أنه لا يقع. ولو وقع لرآه شيئاً.

ولأن النكاح قد يحرم في وقت وهو في العدة والإحرام كما يحرم الطلاق في وقت وهو الحيض والطهر المجامع فيه.

ثم كان عقد النكاح في وقت تحريمه باطلاً، وجب أن يكون الطلاق بمثابة إذا وقع في وقت تحريمه.

ولأنه لو وكل وكيلاً في طلاق زوجته في الطهر وطلقها في الحيض لم تطلق؛ لأجل مخالفته وإيقاع الطلاق في غير وقته مخالفة الله تعالى في وقت الطلاق أولى أن لا تقع بها طلاق، وهذا خطأ.

ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر. انَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ يُمْسِكِهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ. فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ[(٢)].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برواية أخرى (٤٩٥٨) والترمذي في سننه (١١٧٥).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٧١) ومالك في الموطأ (١١٩٦).

فموضع الدليل منه أنه أمره بالرجعة موجب لوقوع الطلاق، لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق.

فإن قيل: أمره بالرجعة إنما هو أمر بردها إليه. قلنا: هذا تأويل فاسد من وجوه:

أحدها: أن الرجعة بعد ذكر الطلاق تنصرف إلى رجعة الطلاق.

والثاني: أنه ما ذكر إخراجها فيؤمر بردها، وإنما ذكر الطلاق وكان منصرفاً إلى رجعتها.

والثالث: أن المسلمين جعلوا طلاق ابن عمر هذا أصلاً في طلاق الرجعة وحكم العدة ووقوع الطلاق في الحيض ولم يتأولوا هذا فبطل بالإجماع.

وروى الحسن عن عبد الله بن عمر قال: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ طَلْقَةً وأَرَدْتُ أَنْ أَتْبَعَهَا طَلْقَتَيْنِ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: رَاجِعْهَا. قُلْتُ أَرَأَيْتَ لَوْ طَلَّقْتُهَا ثَلَاثاً قَالَ كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ زَوْجَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ[1].

وهذا نص في وقوع الطلاق في الحيض لا يتوجه عليه ذلك التأويل المعلول ومن القياس أنه طلاق مكلف صادف ملكاً فوجب أن ينعقد كالطاهر.

ولأن رفع الطلاق تخفيف ووقوعه تغليظ، لأن طلاق المجنون لا يقع تخفيفاً وطلاق السكران يقع تغليظاً؛ لأن المجنون ليس بعاص والسكران عاص.

فكان المطلق في الحيض أولى بوقوع الطلاق تغليظاً من رفعه عنه تخفيفاً، ولأن النهي إذا كان لمعنى ولا يعود إلى المنهى عنه لم يكن النهي موجباً لفساد ما نهي عنه، كالنهي عن البيع عند نداء الجمعة لا يوجب فساد البيع.

كذلك النهي عن الطلاق في الحيض، إنما هو لأجل تطويل العدة لا لأجل الحيض، فلم يمنع النهي عنه من وقوع الطلاق فيه.

فأما استدلاله بالآية فنصها يوجب وقوع الطلاق في العدة، ودليلها يقتضي أن لا يقع في العدة، لكن إذا عارض دليل الخطاب بعد صرفه عن موجبه، وقد عارضه من حديث ابن عمر ما يوجب صرفه عن موجبه.

---

(١) لم أعثر عليه.

وأما استدلالهم بقول ابن عمر فَرَدَّهَا عَلَيَّ وَلَمْ يَرَهُ شَيْئاً فضعيف لتفرد أبي الزبير به ومخالفة جميع الرواة فيه مع أن قوله لم يره شيئاً يحتمل أنه لم يره إثماً، ولم يره شيئاً لا يقدر على استدراكه، لأنه قد بين أنه يستدرك بالرجعة.

وأما استدلالهم بالنكاح، فالفرق بين النكاح حيث بطل بعقده في حال التحريم وبين الطلاق حيث أمره بإيقاعه في حال التحريم، أن الطلاق أوسع حكماً وأقوى نفوذاً من النكاح لوقوع الطلاق مباشرة وسراية، ومعجلاً ومؤجلاً.

وعلى غرر لا يصح النكاح على مثله، فجاز أن يقع في وقت تحريمه وإن لم يصح عقد النكاح في وقت تحريمه.

وأما استدلالهم بالوكيل فالجواب عنه أن الوكيل إذا خالف الإذن زالت وكالته وليس يرجع بعد زوالها إلى ملك فرد تصرفه.

والزوج إذا خالف رجع بعد المخالفة إلى ملك فجاز تصرفه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأُحِبُّ أَنْ يُطَلِّقَ وَاحِدَةً لِتَكُونَ لَهُ الرَّجْعَةُ لِلْمَدْخُولِ بِهَا وَخَاطِباً لِغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا وَلَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثاً لأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبَاحَ الطَّلَاقَ فَلَيْسَ بِمَحْظُورٍ وَعَلَّمَ النَّبِيُّ ﷺ ابْنُ عُمَرَ مَوْضِعَ الطَّلَاقِ فَلَوْ كَانَ فِي عَدَدِهِ مَحْظُورٌ وَمُبَاحٌ لَعَلَّمَهُ إِيَّاهُ ﷺ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. وَطَلَّقَ العَجْلَانِيُّ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثاً فَلَمْ يُنْكِرْهُ عَلَيْهِ وَسَأَلَ النَّبِيُّ ﷺ رَكَانَةَ لَمَّا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ مَا أَرَدتَّ؟ وَلَمْ يَنْهَهُ أَنْ يَزِيدَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لا يملك من عدد الطلاق أكثر من ثلاث، لما قدمناه من قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾.

فإذا أراد أن يطلق ثلاثاً فالأولى والمستحب أن يفرقها في ثلاثة أطهار، فيطلق في كل طهر واحدة. ولا يجمعهن في طهر ليخرج بذلك من الخلاف وليأمن به ما يخافه من ندمه فإن طلقها ثلاثاً في وقت واحد وقعت الثلاث ولم تكن محرمة ولا بدعة والسنة والبدعة في زمان الطلاق لا في عدده.

وبه قال من الصحابة الحسن بن علي وعبد الرحمٰن بن عوف.

ومن التابعين ابن سيرين ومن الفقهاء أحمد بن حنبل.

وحكي عن السبعة وعن داود بن علي وطائفة من أهل الظاهر أن طلاق الثلث لا يقع.

فاختلف القائلون بهذا هل يكون واحدة أم لا؟ فقال المغربي: تكون واحدة، وقال آخرون: لا يقع منهن شيء.

وقال أبو حنيفة: طلاق الثلاث واقع لكنه حرام مبتدع.

وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود، ومن الفقهاء مالك والعراقيون.

واستدل من منع من وقوع الطلاق الثلاث بأن الله تعالى فرق طلاق الثلاث بقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ فلم يجز أن يجمع ما أمر بتفريقه؛ لأنه ارتكاب ما نهى عنه. وما حرم من الطلاق لا يقع كالمراجعة.

وبما رواه عبد الله بن عباس قال: كَانَ الطَّلَاق الثَّلَاثُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَيَّام أَبِي بَكْرٍ. وَصَدْرٍ مِنْ أَيَامِ عُمَرَ وَاحِدَةً: فَقَالَ عُمَرُ: قَد اسْتَعْجَلْتُمْ فِي أَمْرٍ كَانَ لَكُمْ فِيهِ أَنَاةٌ. وَجَعَلَهُ ثَلَاثاً.

فلا يجوز لعمر أن يخالف شرعاً ثبت على عهد رسول الله ﷺ. وقد ارتفع النسخ بموته.

وبما رووه عن معاوية بن عمار عن أبي الزبير عن ابن عمر أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثاً فِي الحَيْضِ فَاسْتَفْتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَهُ أَنْ يُرَاجِعْهَا. فَإِذَا طَهُرَتْ فَلْيَسْتَقْبِلْ بِهَا الْعِدَّةَ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ. وهذا نص.

فصل

واستدل أبو حنيفة على أن طلاق الثلاث محرم وإن كان واقعاً بقول الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ﴾ [الطلاق: ١].

فتضمنت هذه الآية تفريق الطلاق في الأطهار من وجهين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ﴾ وإحصاؤها إنما يكون انتظاراً لوقوع الطلاق فيها.

والثاني: قوله تعالى فيها ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا﴾ يريد به الرجعة والرجعة لا تكون في الثلاث. وإنما تكون فيما دون الثلاث.

وبقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فدل على أنه لا يجوز فيه أن يكون مرة.

وبما روي عن عبد الله بن عمر أنه قال: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ هَكَذَا أَمَرَكَ رَبُّكَ إِنَّمَا السُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ بِهَا الطُّهْرُ ثُمَّ تُطَلِّقُها فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلْقَةً[(١)].

وبما رواه الحسن عن ابن عمر أنه قال: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ طَلْقَةً وَأَرَدْتُ أَنْ أُتْبِعَهَا طَلْقَتَيْنِ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: رَاجِعْهَا فَقُلْتُ أَرَأَيْتَ لَوْ طَلَّقْتُهَا ثَلَاثاً فَقَالَ: كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ زَوْجَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ. فلولا أن جمع الثلاث محرم ما كان به عاصياً.

وبما رواه إبراهيم عن عبد الله بن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده أنه قال طَلَّقَ بَعْضُ آبَائِي امْرَأَتَهُ أَلْفاً. فَانْطَلَقَ بَنُوهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالُوا إِنَّ أَبَانَا طَلَّقَ أُمَّنَا أَلْفاً فَهَلْ لَهُ مِنْ مَخْرَجٍ؟ فَقَالَ: إِنَّ أَبَاكُمْ لَمْ يَتَّقِ اللَّهِ فِيمَا فَعَلَ؛ فَيَجْعَلَ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ مَخْرَجاً بَانَتْ مِنْهُ بِثَلَاثٍ عَلَى غَيْرِ السُّنَّةِ وَتِسْعُمَائَةٍ وَسَبْعَةٌ وَتِسْعُونَ إِثْمٌ فِي عُنُقِهِ.

قال: ولأنه إجماع الصحابة. روي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ إِذَا أَتَى بِرَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثاً أَوْجَعَ ظَهْرَهُ.

وأن رجلاً أتى عبد الله بن عباس فقال: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً فقال ابن عباس إن عمك عصى الله فأندمه. وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجاً وأن علياً وابن عباس أنكراه فكان إجماعاً، لعدم المخالف فيه.

ولأنه عدد يتعلق به البينونة فوجب أن يتكرر كاللعان.

ودليلنا على الفريقين قول الله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [٢٣٦].

فكان رفع الجناح عنه من غير تمييز لعدد يوجب التسوية بين الأعداد.

وروى سهل بن سعد الساعدي، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا لَاعَنَ بَيْنَ عُوَيْمِر العَجْلَانِي وَامْرَأَتَهُ قَالَ: كَذَبْتَ عَلَيْهَا إِنْ أَمْسَكْتَهَا، هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً[(٢)].

فلو كان الجمع بين الطلاق والثلاث محرماً لأبانه ﷺ وأنكره، لأنه لا يقر على منكر.

وروي أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته ألبتة. فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال: مَا

---

(١) ذكره ابن حجر في تلخيص الكبير (٣/ ٢٣١).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٠٢) ومسلم في صحيحه (١٤٩٢).

أَرَدْتَّ بِأَلْبَتَةِ قَالَ وَاحِدَةً فَأَحْلَفَهُ أَنَّهُ مَا أَرَادَ أَكْثَرَ مِنْهَا فدل على وقوع الثلاث لو أرادها من غير تحريم.

وروى سلمة بن أبي سلمة عن أبيه أن حفص بن عمرو بن المغيرة طلق فاطمة بنت قيس ثلاثاً بكلمة واحدة. فَلَمْ يُنْكِرْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

وأن عبد الرحمٰن بن عوف طلق تماضر بنت الأصبغ الكلبية ثلاثاً في مرضه فلم ينكره الصحابة عليه، وتماضر هي أم أبي سلمة بن عبد الرحمٰن، فدل ذلك من رسول الله ﷺ ومن الصحابة بعده على إباحة الجمع بين الثلاث، وروي عن الحسن بن علي أن امرأته عائشة الخثعمية قالت له بعد قتل أبيه: لتهنك الخلافة يا أمير المؤمنين فقال لها: أو يقتل أمير المؤمنين وتشمتين اذهبي فأنت طالق ثلاثاً، فلم ينكر ذاك أحد من الصحابة فدل على إباحته عندهم.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن طلق امرأته مائة طلقة فقال: ثلاثة لها وأقسم الباقي على نسائها.

ومن القياس أنه طلاق وقع في طهر لم يجامعها فيه فوجب أن يكون مباحاً كالطلقة الأولى، ولأن كل طلاق جاز تفريقه جاز جمعه. أصله طلاق الزوجات يجوز أن يجمعهن في الطلاق وأن يفرقهن.

ولأن كل طلاق جاز تفريقه في الأطهار جاز إيقاعه في طهر. أصله إذا طلق في طهر ثم راجع فيه ثم طلقها فيه ثم راجع وثم طلقها فيه ثم راجع.

ولأن الثلاث لفظ يقطع الرجعة فجاز إيقاعه في طهر لا جماع فيه كالواحدة بعد اثنتين أو كالخلع.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ فمن وجهين:

أحدهما: أن المقصود به عدد الطلاق، وأنه ثلاث وأنه يملك الرجعة بعد اثنتين ولا يملكها بعد الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره ولم يرد به تفريق الطلاق أو جمعه.

والثاني: أن قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ يقتضي في وقت واحد لا في وقتين كما قال تعالى: ﴿نُّؤۡتِهَآ أَجۡرَهَا مَرَّتَيۡنِ﴾ [الأحزاب: ٣١] يعني أجرين في وقت واحد. لا في وقتين. وهم يحرمون وقوع الطلقتين في وقت كما يحرمون وقوع الثلاث.

وأما الجواب عن الاستدلال بحديث ابن عمر. فهو أنه لم يطلق إلاّ واحدة في الحيض

وقول النبي ﷺ لَوْ طَلَّقْتَهَا ثَلاَثاً كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ امْرَأَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ. يعني بإيقاعهن في الحيض لا بالجمع بينهن.

وأما أمره له في الخبر الثاني أن يطلق في كل طهر واحدة فعلى طريق الاستحباب والندب.

وأما الجواب عن حديث البراء بن عازب فمن وجهين:

أحدهما: أن الدارقطني رواه وذكر أنه ضعيف مجهول الراوي.

والثاني: أن قوله: طلقها على غير السنة؛ لأنه طلقها ألفاً وهو لا يملك إلا ثلاثاً.

وأما الجواب عن استدلالهم بالإجماع فهو غير منعقد بمن ذكرنا خلافه من الصحابة وقد اختلفت الرواية عن ابن عباس، روى سعيد بن جبير أن رجلاً أتى ابن عباس فقال: إني طلقت امرأتي ألفاً فقال: أما ثلاث فتحرم عليك امرأتك، وبقيتهن وزراً اتخذت آيات الله هزواً.

وأما الجواب عن قياسهم على اللعان فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الفرقة لا تقع على قولهم باللعان حتى يوقعها الحاكم فلم يجز أن يكون أصلاً لما يوقع الفرقة.

والثاني: أن عدد اللعان لا يصح مجموعه فوجب تفريقه. والطلاق يصح مجموعة فلم يجب تفريقه.

والثالث: أنه لما جاز عدد اللعان في وقت واحد اقتضى أن يجوز عدد الطلاق في وقت واحد.

وأما استدلال من أنكر وقوع الثلاث بحديث ابن عباس عن عمر: فهو ضعيف لا يعرفه أصحاب الحديث. ولو سلمناه لاحتمل قوله. كَانَ الطَّلاَقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَيَّامِ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْرٍ مِنْ خِلاَفَةِ عُمَرَ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ: قَدِ اسْتَعجَلْتُمْ فِي أَمْرٍ كَانَ لَكُمْ فِيهِ أَنَاةٌ. وَجَعَلَهُ ثَلاَثاً.

فمن قال لامرأته أنت طالق أنت طالق أنت طالق فإنه إن أراد بالثانية والثالثة طلقت واحدة. وإن أراد الاستئناف طلقت ثلاثاً.

وإن لم يكن له إرادة فعلى قولين:

أحدهما: قاله في الإملاء تطلق واحدة.

والثاني: قاله في «الأم» تطلق ثلاثاً.

فعلم عمر أنهم كانوا يريدون به التأكيد فتكون واحدة، ثم صاروا يريدون به التأكيد فجعلها ثلاثاً. وإنما حملناه على هذا الاحتمال مع بُعْدِهِ؛ لأن عمر لا يجوز أن يخالف رسول الله ﷺ في شيء عمله من دينه، ولو خالفه لما أقرته الصحابة على خلافة.

ألا تراه يقول: لا تغالوا في صدقات النساء فلو كانت مكرمة لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ، فقامت إليه امرأة فقالت: يعطينا الله وتمنعنا يابن الخطاب قال الله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] فقال عمر: كل الناس أفقه من عمر حتى امرأة ليفعل الرجل بماله ما شاء. وهم أن يخالف بين ديات الأصابع حتى ذكر له عن النبي ﷺ أنه قال: فِي الْيَدَيْنِ الْدِّيَةُ وَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَّةَ وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِمَّا هُنَالِكِ عَشْرٌ مِنَ الإِبْلِ. فرجع عما هم به وسوى بين دياتها.

وأما استدلالهم بما رووه عن ابن عمر أنه طلق امرأته ثلاثاً، فأمره النبي ﷺ بمراجعتها فلا يعرفه أهل الحديث. وإنما الخبر أنه قال أرأيت لو طلقتها ثلاثاً فقال كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ امْرَأَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ.

ولو صح لكان محمولاً على أنه طلقها ثلاثاً في ثلاثة أوقات. فإمره بالرجعة في إحداهن بل قد روي أنه طلقها واحدة على عهد رسول الله ﷺ ثم طلقها ثانية على عهد أبي بكر، ثم طلقها ثالثة في زمن عمر. فضبط الرواة طلاقه على ما ذكرنا. فاقتضى أن يكون رواية من أطلق محموله على هذا البيان والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ طَلَّقَهَا طَاهِراً بَعْدَ جِمَاعٍ أَحْبَبْتُ أَنْ يَرْتَجِعَهَا ثُمَّ يُمْهَلَ لِيُطَلِّقَ كَمَا أُمِرَ وَإِنْ كَانَتْ فِي طُهْرٍ بَعْدَ جَمَاعٍ فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ بِهِ».

قال الماوردي: فقد ذكرنا أن طلاق البدعة طلاقان:

أحدهما: الطلاق في الحيض.

والثاني: الطلاق في طهر قد جومعت فيه.

أما طلاق الحيض فلتحريمه علة واحدة، وهو أن بقية حيضها غير محتسب به من عدتها عند من جعل الأقراء الأطهار، وعند من جعلها الحيض، فصارت بالطلاق فيه غير زوجة ولا معتدة. وأما المطلقة في الطهر المجامع فيه فلتحريمه علتان:

أحدهما: أنها ربما علقت من وطئه فصارت له أم ولد فلحقه ندم من طلاق أم ولده.

والثانية: أنها تصير مرتابة في عدتها هل علقت من وطئه فتكون عدتها بوضع الحمل؟ أو لم تعلق فتكون بالإقراء؟ لكنها تعتد ببقية طهرها قرءاً فإذا طلق إحدى هاتين إما في حال الحيض أو في طهر جامعها فيه فقد طلقها طلاقاً بدعياً محرماً. واستحببنا له أن يراجعها؛ لأمر رسول الله ﷺ ابن عمر حين طلق في الحيض أن يراجع، واستدراكاً لمواقعة المحظور بالإقلاع عنه ولا تجب عليه الرجعة.

وأوجبها مالك في طلاق الحائض استدلالاً بهذين.

والدليل على أن الرجعة غير واجبة وإن استحبت قول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ فخيره بين الرجعة والترك وقال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨] فدلت على أن الرجعة غير واجبة من وجهين:

أحدهما: أنه جعلها حقاً للأزواج لا عليهم.

والثاني: أنه قرنها بإرادة الإصلاح.

ولأن الرجعة إما أن تراد لاستدامة العقد أو إعادته. فإن أريدت لإعادته لم تجب، لأن ابتداء النكاح لا يجب، فإن أريدت لاستدامته لم تجب؛ لأن له رفعة بالطلاق، ولأن تحريم الطلاق في الحيض كتحريمه في طهر مجامع فيه، ثم لم تجب الرجعة في طهر الجماع كذلك في الحيض.

فأما حديث ابن عمر وقول النبي ﷺ مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرِ ثُمَّ فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ.

فعنه جوابان:

أحدهما: أنه لم يأمره بنفسه وجعل عمر هو الآمر له بقوله: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا دل على أن الأمر معدول به عن الوجوب إلى الاستحباب، لأنه عدل به عمن تجب أوامره إلى من لا تجب أوامره.

والثاني أن قوله: ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ ترجع المشيئة إلى جمع المذكور من الرجعة والطلاق. وما رد إلى مشيئة فاعله لم يجب.

وأما استدلاله بأن فيه استدراكاً لمواقعة المحظور. فالمحظور هو وقوع الطلاق. والطلاق الواقع لا يستدرك بالرجعة وإنما يقطع تحريمه.

فصل

فإذا ثبت أن الرجعة مستحبة غير واجبة فهي في المدخول بها إذا طلقت أقل من ثلاث، لأن غير المدخول بها لا رجعة لها والثلاث لا رجعة معها فتكون الرجعة مع هذين الشرطين.

ثم الزمان الذي يستحق فيه الرجعة مقدر، وإن كان الشافعي قد أطلقه. فإن طلقت في الحيض كان الأمر بارتجاعها ما كان حيضها باقياً، فإن طهرت من تلك الحيضة التي طلقت فيها سقط استحباب الرجعة وكانت إلى خياره، لأنها قد صارت في طهر لا يحرم عليه طلاقها فيه فلم يؤمر بارتجاعها فيه.

وإن طلقت في طهر قد جومعت فيه كان مأموراً بارتجاعها في بقية طهرها وفي الحيضة التي بعد طهرها، فإن راجعها في هذا الحال فقد أتى بما أمر به وندب إليه، وإن لم يراجعها حتى دخلت في الطهر الثاني الذي لا يحرم عليه طلاقها فيه سقط ما كان مندوباً إليه من الرجعة وكانت إلى خياره.

فصل

فأما حديث ابن عمر فقد رواه نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرِ ثُمَّ فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا الله النِّسَاءُ.

ورواه سالم ويونس بن جبير عن ابن عمر أن النبي ﷺ قَالَ: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا الله النِّسَاءُ. فخالف نافع لسالم وليونس في زيادة طهر؛ لأن رواية سالم حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ فأذن له أن يطلق في الطهر الأول بعد الحيضة التي طلق فيها وهذا صحيح.

وفي رواية نافع. حَتَّى تُطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ. فأذن له أن يطلق في الطهر الثاني دون الأول. والطلاق في الطهر الأول كالطلاق في الطهر الثاني فاختلف أصحابنا في أي الروايتين أثبت وأصح.

فقال بعضهم: الأصح رواية سالم ويونس. فأما نافع فوهم في زيادة الطهر الثاني؛ لأن حكم الطلاق في الطهر الأول كحكم الطلاق في الطهر الثاني.

وقال آخرون من أصحابنا: إن رواية نافع أصح وأثبت، وإنما حذف سالم ويونس ذكر الطهر الثاني اختصاراً.

فإن قيل: فإذا كانت رواية نافع أصح فلم أذن له أن يطلق في الطهر الثاني ولم يأذن له أن يطلق في الطهر الأول وهما في الحكم سواء.

قيل: قد أجاب أصحابنا عن هذا بأربعة أجوبة:

الأول: أنه لما كان طلاق ابن عمر في الحيض موجباً لتطويل العدة عليها قابله رسول الله ﷺ على طريق العقوبة له بتطويل الرجعة إلى الطهر الثاني وإن جازت في الطهر الأول.

والجواب الثاني: أنه لما أوقع ابن عمر الطلاق في غير زمانه قابله رسول الله ﷺ باستدامة الرجعة بعد زمانها.

والجواب الثالث: أن رسول الله ﷺ أحب أن تتحقق رجعته ويقوي حكمها بالوطء فيها. وزمان الوطء بعدها هو الطهر الأول. فإذا وطىء فيه خرج إيقاع الطلاق فيه. وكان طلاق بدعة فلذلك لم يأذن له أن يطلق فيه، وأذن له أن يطلق في الطهر الثاني.

والجواب الرابع: أن رسول الله ﷺ أحب أن يكمل الاستبراء بعد الرجعة وكماله يكون بطهر بعد حيضة كاملة.

والطهر الأول لم يكن بعد حيضة كاملة؛ لأن الطلاق كان في بضاعتها وإنما الطهر الثاني بعد حيضة كاملة فلذلك جعل له أن يطلق فيه، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَوْ دَخَلَ بِهَا وَكَانَتْ حَامِلاً أَوْ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَقَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلسُّنَّةِ أَوِ البِدْعَةِ طُلِّقَتْ مَكَانَهَا لأَنَّهَا لَا سُنَّةَ فِي طَلَاقِهَا وَلا بِدْعَةَ».

قال الماوردي: اعلم أن النساء ضربان:

ضرب لا سنة في طلاقهن ولا بدعة وضرب يتعلق بطلاقهن حكم السنة والبدعة.

فأما اللاتي لا سنة في طلاقهن ولا بدعة فأربع.

إحداهن: الصغيرة التي لم تحض. **والثانية**: التي قد يئست من الحيض. **والثالثة**: الحامل. **والرابعة**: غير المدخول بها، وقد ذكرنا المعنى في أن لا سنة في طلاقهن ولا بدعة مع المختلعة التي وإن كانت بالحيض والطهر من أهل السنة والبدعة، فقد صرف الخلع طلاقها عن أن تكون لسنة أو بدعة.

وأما التي يتعلق بحكمها بطلاقها حكم السنة والبدعة فهي المدخول بها إذا كانت

حاملاً من ذوات الحيض والطهر، فتصير من أهل السنة والبدعة في الطلاق باجتماع ثلاثة شروط.

أن تكون مدخولاً بها. وأن تكون حائلاً. وأن تكون من ذوات الأقراء بالحيض والطهر.

فصل

فإذا تقرر ما وصفنا فهذه المسألة مصورة على طلاق من لا سنة في طلاقها ولا بدعة من النساء الأربع. الصغيرة، والمؤيسة، والحامل، وغير المدخول بها فإذا قال لواحدة منهن أنت طالق للسنة طلقت في الحال ولم يكن طلاق سنة؛ لأنها ليست من أهل السنة فيراعى ذلك فيها وهكذا لو قال لواحدة منهن أنت طالق للبدعة طلقت في الحال ولم يكن طلاق بدعة؛ لأنها ليست من أهل البدعة حتى يراعى ذلك فيها. فإن قيل: فهلا انتظر بها حتى تصير من أهل السنة والبدعة فتطلق للسنة أو البدعة. كما انتظر بالحائض إذا قيل: لها أنت طالق للسنة أن تطهر فتصير من أهل السنة قيل: لأن ذات الحيض في الطهر من أهل السنة والبدعة، فانتظر بطلاقها أن تكون للسنة أو البدعة. وهؤلاء الأربع لسن من أهل السنة والبدعة فلم ينتظر بطلاقهن ما لا يتصفن به من سنة ولا بدعة كما أن الأجنبية لما لم تكن من أهل الطلاق لم ينتظر بها عقد النكاح لوقوع الطلاق.

فصل

فلو قال لإحدى الأربع: أنت طالق للسنة إذا صرت في الطلاق من أهل السنة روعي ذلك فيمن أمكن مراعاته فيها، وانتظر بها أن تصير من أهل السنة؛ لأنه طلاق مقيد بشرط فلم يقع قبل وجود الشرط. والفرق بين الأمرين أن هذا شرط للطلاق فانتظر. وذلك صفة للطلاق فلم ينتظر. وإذا كان كذلك فإن كانت صغيرة انتظر بها أن تحيض ثم تطهر فتطلق، وإن كانت حاملاً انتظر بها أن تضع حملها وينقضي نفاسها وتطهر فتطلق وإن كانت غير مدخول بها انتظر بها أن يجامعها. وينقضي طهر المجامعة والحيض الذي بعده ثم تطهر فتطلق.

فأما المؤيسة فلا ينتظر بها ذلك، لأنه غير ممكن فيها، فلا يقع الطلاق عليها وعلى هذا لو قال لإحدى هؤلاء الأربع: أنت طالق للبدعة، إذا صرت في الطلاق من أهل البدعة روعي ذلك.

فإن كانت صغيرة انتظر بها أن تحيض فتطلق وإن كانت غير مدخول بها انتظر بها أن

يجامعها فتطلق سواء جامعها في طهر أو حيض، لأنها تصير بعد جماعه من أهل البدعة في الحالين. وإن كانت حاملاً انتظر بها أن تضع حملها ثم تطلق في أول نفاسها. فإن لم تر بعد ولادتها دم نفاس لم تطلق حتى يجامعها في طهرها، سواء قبل بوجوب الغسل في أحد الوجهين أو بسقوطه عنها في الوجه الثاني؛ لأن الغسل إن وجب فلوضع الحمل الجاري مجرى الإنزال لا إنه لأجل النفاس.

فصل

فلو قال لإحدى هؤلاء الأربع: أنت طالق للسنة، وقال: أردت بنيتي أنها تطلق إذا صارت من أهل السنة لم يقبل ذلك منه في ظاهر الحكم، ولزمه الطلاق معجلاً لغير السنة، ودين فيما بينه وبين الله تعالى فيما نوى. فلم يلزمه الطلاق أن تصير فيه من أهل السنة وجرى ذلك في مجرى قوله أنت طالق وقال: أردت بذلك إن دخلت الدار لم يقبل منه في ظاهر الحكم، ودين فيما بينه وبين الله تعالى في الباطن، فلم تطلق إلا بدخول الدار. وهكذا لو قال لإحداهن أنت طالق للبدعة وقال: أردت بنيتي أنها تطلق إذا صارت من أهل البدعة لم يقبل منه في ظاهر الحكم وألزم تعجيل الطلاق. ودين في الباطن ولم يلزمه الطلاق إلا أن تصير إلى تلك الحال.

ولو قال لإحدى هؤلاء الأربع: أنت طالق للسنة إن كان يقع طلاق السنة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقول ذلك مع الشك في حالها؛ لأنه شك في الصغيرة هل حاضت أو لم تحض؟ أو شك في الحمل هل هو حمل أو غلط أو شك في المؤيسة هل انقطع حيضها أو تأخر أو شك في غير المدخول بها هل كان قد دخل بها أو لم يدخل؟.

فلا طلاق عليه في الحال ولا إذا صارت من أهل السنة في ثاني حال؛ لأنه علق ذلك بوجود الشرط في الحال.

والضرب الثاني: أن يقول ذلك وهو على يقين أنها ليست في الطلاق من أهل السنة ففيه وجهان:

أحدهما: أنه شرط ملغي لاستحالته ويقع الطلاق في الحال.

والوجه الثاني: أنه معتبر مع استحالته فلا يقع الطلاق في الحال ولا أن صارت من أهل السنة في ثاني حال كما لو قال: أنت طالق إن صعدت السماء لم تطلق وإن علق بشرط

مستحيل وهكذا لو قال لإحداهن: أنت طالق للبدعة إن كان يقع عليك طلاق البدعة، فإن كان مع الشك فيهن لم يقع الطلاق، وإن كان مع اليقين فعلى وجهين.

فصل

ولو قال لإحدى هؤلاء الأربع: أنت طالق للسنة في الحال؛ لأنه قد جمع بين صفتين متضادتين يستحيل اجتماعهما في النساء عموماً وانفرادهما في هؤلاء خصوصاً فألغيت الصفتان وعجل وقوع الطلاق. ولو قال لإحداهن: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال وهي منصفة بهذا الحكم لأنه لا سنة في طلاقها ولا بدعة.

فصل

وإذا رأت الحامل دماً يضارع الحيض صفة وقدراً. فقال لها: أنت طالق للسنة أو قال: للبدعة. فهو على اختلاف قول الشافعي في الدم على الحمل. هل يكون حيضاً أم لا؟ فعلى قوله في القديم، لا يكون حيضاً ويكون دم فساد.

فعلى هذا يكون كطلاق الحامل ذات النقاء، إن قال لها: أنت طالق للسنة، طلقت في الحال، سواء كانت في حال الدم أو في وقت انقطاعه، ولم يكن طلاق سنة. وإن قال أنت طالق للبدعة طلقت في الحال ولم يكن طلاق بدعة.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: أن دم الحامل إذا ضارع الحيض في الصفة والقدر كان حيضاً. فعلى هذا إن قال لها أنت طالق للسنة نظر، فإن كان بعد انقطاع حيضها طلقت، وإن كان في وقت حيضها ففي وقوع طلاقها وجهان.

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنها لا تطلق فيه لكونه حيضاً فصار كحيض الحائل.

والوجه الثاني: وهو قول أكثر أصحابنا: أنها تطلق فيه بخلاف حيض الحائل؛ لأن الحائل تعتد بالطهر دون الحيض فلذلك صار طلاقها في الحيض بدعة.

والحامل تعتد بوضع الحمل دون الطهر والحيض فلم يكن طلاقها في الحيض بدعة، وعلى هذا لو قال لها وهي تحيض على الحمل: أنت طالق للبدعة. فإن كان ذلك في حال حيضها طلقت في الحال وإن كان في حال طهرها فعلى ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: أنها تطلق في الحال إذا قيل: إن طلاقها في الحيض ليس ببدعة.

والوجه الثاني: أنها لا تطلق إلا في الحيض، إذا قيل: إن طلاقها في الحيض بدعة فعلى هذا لو لم تر بعد طلاقه حيضاً حتى ولدت. طلقت في نفاسها بعد الولادة. لأننا قد أثبتنا على هذا الوجه حكم هذه الصفة فلذلك وجب انتظارها، ولكن لا يختلف أصحابنا إن وطئها في طهرها على الحمل لا يكون الطلاق فيه طلاق بدعة وهذا يقتضي أن يكون طلاقها في الحيض لا يكون طلاق بدعة.

فصل

وإذا تزوج حاملاً من زنا صح نكاحها عندنا، وجاز له وطؤها في حملها وإن خالفنا فيه مالك فإن طلاقها للسنة. فإن لم يكن قد دخل بها تعجل طلاقها؛ لأن غير المدخول بها لا سنة في طلاقها ولا بدعة، فإن دخل بها لم يتعجل طلاقها وانتظر بها أن تضع حملها وينقضي نفاسها، فتطلق في أول طهرها بعد النفاس، بخلاف الحامل منه.

والفرق بين الحامل منه وبين الحامل من زنا حيث لم يكن في طلاق الحامل سنة ولا بدعة وكان في طلاق الحامل من زنا سنة وبدعة لأنه إذا طلق الحامل منه اعتدت بوضعه فارتفعت السنة والبدعة في طلاقها.

وإذا طلق الحامل من زنا لم تعتد من بوضعه واعتد بالأقراء فتثبت السنة والبدعة في طلاقها. فعلى هذا لو كانت تحيض على الحمل، فإن لم نجعله على قوله في القديم حيضاً لم نعتبره. وإن جعلناه حيضاً على قوله في الجديد اعتبرناه، فإذا طهرت منه على الحمل طلقت للسنة.

وعلى هذا لو قال لها: أنت طالق للبدعة، وقد جامعها على حملها، وقع عليها في الحال طلاق البدعة، لأن حكم هذا الحمل ملغى. وهو طهر قد جومعت فيه، فكان الطلاق فيه طلاق بدعة. ولو حاضت عليه بعد جماعه، وجعلناه حيضاً، وطهرت منه ثم طلقها للبدعة لم تطلق إلا أن تحيض على الحمل فتطلق أو يطأها في هذا الطهر فتطلق، أو تضع حملها وتصير في نفاسها فتطلق، لأن الطلاق في الحيض بدعة، وفي طهر الجماع بدعة، وفي النفاس بدعة، والله أعلم بالصواب.

فصل

ولو قال لزوجته وهي حامل منه إذا ولدت ولداً فأنت طالق للسنة فلا طلاق عليه قبل الولادة، فإذا ولدت لم تطلق حتى ينقضي نفاسها، لأنه جعله بالولادة واقعاً للسنة فلذلك روعي انقضاء نفاسها، فلو كانت المسألة بحالها فولدت ولدين طلقت بعد الأول وقبل وضع الثاني، لأنها بوضع الأول قد وجد شرط طلاقها، وصارت مع بقاء الثاني حاملاً، والحامل إذا طلقت للسنة وقع طلاقها في الحال، لأنه لا سنة في طلاقها ولا بدعة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَتْ تَحِيضُ فَقَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلْسُّنَّةِ فَإِنْ كَانَتْ طَاهِراً مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ طُلِّقَتْ ثَلَاثاً مَعاً وَإِنْ كَانَتْ مُجَامعَةً أَوْ حَائِضاً أَوْ نُفَسَاءَ وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ حِينَ تَطْهُرُ مِنَ الحَيْضِ أَوْ النِّفَاسِ وَحِينَ تَطْهُرُ المُجَامَعَةُ مِنْ أَوَّلِ حَيْضٍ بَعْدَ قَوْلِهِ وَقَبْلَ الغُسْلِ وَإِنْ قَالَ نَوَيْتُ أَنْ تَقَعَ فِي كُلِّ طُهْرٍ طَلْقَةٌ وَقَعْنَ مَعاً فِي الحُكْمِ وَعَلَى مَا نَوَى فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله».

قال الماوردي: وإذا قد مضى طلاق من لا سنة في طلاقها ولا بدعة، فهذه المسألة مقصورة على طلاق ذات السنة والبدعة من ذوات الحيض والطهر، وهو الضرب الثاني من النساء وهو أن يجتمع فيها ما قدمنا من الشروط الثلاثة.

أن تكون مدخولاً بها، وأن تكون حائلاً، وأن تكون من ذوات الحيض والطهر.

فإذا قال لهذه التي قد تكامل فيها شروط السنة والبدعة أنت طالق للسنة لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن تكون في طهر لم تجامع فيه، فيقع طلاقها في الحال؛ لأنه طلاق للسنة.

والقسم الثاني: أن تكون حائضاً فلا طلاق عليها في حال الحيض فإذا انقضى بقية حيضها طلقت بدخولها في أول الطهر قبل الغسل، سوء انقطع الحيض لأقله أو لأكثره.

وقال أبو حنيفة إن انقطع حيضها لأكثره طلقت قبل الغسل، وإن انقطع حيضها لأقله لم تطلق إلا بعد الغسل، وهذا خطأ، لأن ما وقع فيه طلاق السنة بعد الغسل وقع فيه طلاق السنة قبل الغسل قياساً على أكثر الحيض. وكذلك لو كانت نفساء لم تطلق في نفاسها، لأن النفاس في حكم الحيض.

فإذا طهرت منه طلقت قبل الغسل مثل الحيض.

والقسم الثالث: أن تكون في طهر قد جامعها فيه فلا طلاق عليها في الحال؛ لأنها من غير أهل السنة في الطلاق، فإذا انقضى بقية طهرها الذي جامعها فيه وحاضت بعده

حيضة كاملة ودخلت في أول الطهر الثاني طلقت، لأنه حينئذٍ طلاق السنة إلا أن يجامعها في آخر الحيض وأول الطهر فلا تطلق فيه؛ لأنه بدأها وهي مجامعة وصار طهراً جامعها فيه لا يقع فيه طلاق السنة، وهكذا لو فعل ذلك مع أول كل طهر لم تطلق.

فصل

وإذا قال لها: أنت طالق للبدعة لم يخل حالها من الأقسام الثلاثة:

أحدها: أن تكون حائضاً فتطلق في الحال، لأن الحيض زمان البدعة وكذلك لو كانت نفساء طلقت؛ لأن النفاس كالحيض.

والقسم الثاني: أن تكون في طهر جامعها فيه فتطلق، لأن طهر المجامعة زمان البدعة وسواء أنزل من جماعه أو لم ينزل إذا التقى ختاناهما، لأنه حكم يستقر به الدخول ويكمل به المهر وتجب به العدة.

والقسم الثالث: أن يكون في طهر لم يجامعها فيه فلا طلاق حتى تحيض فتطلق، لأن الحيض زمان البدعة، أو يجامعها في ذلك الطهر فتطلق؛ لأن طهر المجامعة زمان لطلاق البدعة ثم يعتبر حال جماعه فيه، فإنه لا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون حين أولج ذكره نزع وأقلع فقد طلقت بالإيلاج ولم يلزمه بعد وقوع الطلاق مهراً بالإخراج؛ لأنه ترك.

والقسم الثاني: أن يكون قد نزع بعد إيلاجه ثم استأنف الإيلاج بعده، فعليه مهر مثلها بالإيلاج الثاني؛ لأنها طلقت بالإيلاج الأول فصار مستأنفاً للإيلاج الثاني بعد طلاق رجعي فلزمه فيه مهر المثل.

والقسم الثالث: أن يكون حين أولج استدام الإيلاج ولم ينزع حتى أنهى جماعه ففي وجوب مهر المثل عليه وجهان:

أحدهما: لا مهر عليه اعتباراً بأوله فإنه كان وهي زوجة. **والوجه الثاني**: عليه مهر المثل اعتباراً بآخره؛ لأنه كان وهي مطلقة.

فصل

وإذا قد مضى ما يقع به الطلاق السنة في زمانه. وما يقع به طلاق البدعة في زمانه. فقد استقر لك زمان الطلاقين فاعتبرهما فيما تفرع منهما.

فإن قال: أنت طالق لا للسنة كانت طالقاً للبدعة، لأنه إذا لم يخل هذا الطلاق من

هاتين الصفتين كان نفي إحداهما إثباتاً للأخرى.

وهكذا لو قال: أنت طالق لا للبدعة، كانت طالقاً للسنة، لأن نفي البدعة إثباتاً لضدها ولو قال: أنت طالق للسنة أو البدعة. رجع إلى خياره ليوقع ما شاء من طلاق السنة أو البدعة؛ لأن لفظه أو موضوعه للتخيير.

ولو قال: أنت طالق للسنة والبدعة طلقت في الحال لتعارض الصفتين وتنافي اجتماعهما فألغيتا: ثم ينظر في الحال: فإن كان زمان البدعة كان طلاق بدعة، وإن كان زمان السنة كان طلاق سنة، وهذا لو قال: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال. لأنه قد جمع في النفي بين صفتين لا بد من وجود إحداها فسقط حكم نفيه وتعجل وقوع الطلاق فإن كان زمان السنة كان طلاق سنة، وإن كان زمان البدعة كان طلاق بدعة.

ولو قال: أنت طالق في السنة وأنت طالق بالسنة كان كقوله أنت طالق للسنة، فيقع عليها طلاق السنة، ولو قال: أنت طالق بالبدعة أو أنت طالق في البدعة كان كقوله: أنت طالق للبدعة فيقع عليها طلاق البدعة. ولو قال: أنت طالق طلاق الحرج فقد حكى ابن المنذر عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه طلاق الثلاث. وليس للشافعي فيه نص، لكن قياس مذهبه أن يكون طلاق بدعة. فيقع عليها طلاق البدعة، ولو قال: أنت طالق للساعة وقع عليها طلاق السنة.

فصل

ولو قال لها: أنت طالق طلقتين إحداهما للسنة والأخرى للبدعة، وقعت إحدى الطلقتين في الحال، لأنه لا يخلو أن تكون حال سنة أو بدعة. فإن كانت حال سنية كانت الأولى سنية فوقعت الثانية في زمان البدعة، وإن كانت حال بدعة كانت الأولى بدعية فوقعت الثانية في زمان السنة.

ولو قال: أنت طالق طلقتان للسنة والبدعة احتمل وجهين:

أحدهما: أن يجعل إحداهما للسنة والأخرى للبدعة إثباتاً لحكم الصفتين، لأنه إذا أمكن اجتماعهما لم يسقطا.

والوجه الثاني: أن تلغى الصفتان ويعجل إيقاع الطلقتين، لأن الظاهر من الصفتين عودهما إلى جميع الطلقتين، فلم يجز أن يفيد المطلق كما لم يجز أن يطلق المقيد.

فصل

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة فهي مسطور المسألة فتقع الثلاث معاً في زمان السنة ولا يتفرقن في ثلاثة أطهار؛ لأن السنة والبدعة عندنا في زمان الطلاق لا في عدده.

وقال أبو حنيفة ومالك: يتفرق الثلاث في ثلاثة أطهار، ولا يقعن في طهر واحد، لأن السنة والبدعة عندهما في الطلاق وفي عدده وقد مضى الكلام معهما».

فعلى هذا لو قال: أردت أن يتفرقن في ثلاثة أطهار فيقع في كل طهر واحدة لقول أبي حنيفة ومالك، فهذا محتمل وهو مخالف للظاهر، فلا يقبل منه في ظاهر الحكم ويقبل منه فيما بينه وبين الله تعالى، فيدين فيه فلا يقع في باطن الحكم إلا على ما نوى، وإن وقع في ظاهر الحكم معجلاً، وهكذا لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً ثم قال: أردت للسنة، فإن كانت الحال وقتاً لطلاق السنة طلقت في الحال ثلاثاً للسنة. في ظاهر الحكم وباطنه، وإن كانت الحال وقتاً لطلاق البدعة. فقد ذكر محتملاً يخالف ظاهر الإطلاق، فيقع الطلاق معجلاً في ظاهر الحكم اعتباراً بظاهر الطلاق، ولا يقع في باطن الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى إلا على ما نوى من طلاق السنة إذا جاء زمان السنة، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة ثم قال سبق لساني بقول السنة وإنما أردت طلاق الثلاث على الإطلاق قبل منه وقع الطلاق الثلاث سواء كان للسنة أو للبدعة، لأنه وإن خالف ظاهر لفظه فهو أغلظ عليه وأضر به. ومن يبين الأخف بالأغلظ قبل منه ظاهراً وباطناً، ومن بين الأغلظ بالأخف لم يقبل منه في الظاهر. وإن قبل منه في الباطن إذا كان محتملاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَو كَانَ قَالَ فِي كُلِّ قُرْءٍ وَاحِدَةٌ فَإِنْ كَانَتْ طَاهِراً حُبْلَى وَقَعَتِ الأُولَى وَلَمْ تَقَعِ الثِّنْتَانِ إِنْ كَانَتْ تَحِيضُ عَلَى الحَبَلِ أَوْ لَا تَحِيضُ حَتَّى تَلِدَ ثُمَّ تَطْهُرَ فَإِنْ لَمْ يَحْدُثْ لَهَا رَجْعَةٌ حَتَّى تَلِدَ بَانَتْ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ وَلَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا غَيْرُ الأُولَى».

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً في كل قرء واحدة فقد صرح بتفريق الثلاث في ثلاثة أقراء، فلا يقعن إلا هكذا، فإذا كان كذلك فلا يخلو حال المرأة من أحد أمرين. إما أن تكون من أهل السنة والبدعة، أو لا تكون منهن. فإن كانت من أهل السنة والبدعة فلا يخلو حالها من أن تكون حائضاً أو طاهراً، فإن كانت حائضاً لم تطلق في حال حيضها حتى إذا طهرت طلقت في أول طهرها؛ لأنه أول زمان السنة. فإذا حاضت الحيضة الثانية ودخلت في أول الطهر الثاني طلقت طلقة ثانية، سواء راجع بعد الأولى أو لم يراجع. فإذا حاضت الحيضة الثالثة ودخلت في أول الطهر الثالث، طلقت طلقة ثالثة، سواء راجع بعد الثانية أو لم يراجع.

فأما العدة فإن لم يكن قد راجعها بنت على عدة الطلقة الألى، فإذا انقضى الطهر الثالث بدخول الحيضة الرابعة فقد انقضت عدتها وحلت للأزواج، وإن راجعها لم يخل حاله بعد الرجعة من أن يطأها فإن وطئها استأنفت العدة بعد الطلقة الثالثة التي بعد رجعته ووطئه ويكون ذلك الطهر الذي وقعت فيه الطلقة الثالثة قرءاً واحداً فتأتي بعده بقرأين، وإن لم يطأها بعد رجعته، فهل تبني على العدة أو تستأنفها على قولين:

أحدهما: أنها تبني على عدة الطلقة الأولى، لأن الرجعة قد بطلت بما تعقبهما من الطلاق.

والقول الثاني: أنها تستأنف العدة من الطلقة الثالثة؛ لأن الرجعة قد أبطلت ما تقدمها من الطلاق.

فإما إذا كانت عند الطلاق طاهراً طلقت في الحال واحدة، لأن بقية هذا الطهر قرء. وسواء كان قد وطئها في هذا الطهر أم لا، لأن طهر الجماع قرء يقع به الاعتداد كما تعتد بطهر ليس فيه جماع. إلا أن الطلقة في طهر الجماع تكون بدعية.

وفي طهر غير الجماع تكون سنية، وهو إنما علق الطلاق بالقرء لا بالسنة فلذلك روعي ما يكون قرءاً وإن لم يكن الطلاق فيه للسنة، فإذا وقعت الطلقة الأولى في الطهر الأول لم يحل له جماعها إن لم يراجعها وإن راجعها فيه حل له جماعها فهي بقية طهرها فإذا حاضت حرم عليه جماعها في الحيض، فإذا دخلت في أول الطهر الثاني طلقة ثانية وحرم عليه جماعها فيه إن لم يراجعها، وإن راجعها فيه حل له جماعها في بقيته فإذا حاضت الحيضة الثانية، حرم عليه جماعها في حيضها، فإذا دخلت في الطهر الثاني طلقت ثالثة وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره.

فأما العدة فعلى ما ذكرنا. فإن لم تراجع بنت على عدة الطلقة الأولى وانقضت عدتها بانقضاء الطهر الثالث. وإن راجعها فإن جامعها بعد الرجعة استأنف العدة من وقت الطلقة الثالثة، وإن لم يجامعها فعلى ما مضى من القولين.

أحدهما: يبني على عدة الطلقة الأولى. **والقول الثاني**: يستأنف العدة من وقت الطلقة الثالثة. فلو قال لها في آخر طهرها: أنت طالق في قرء واحدة ثم حاضت قبل تمام كلامه أو مع تمامه من غير أن يتصور فيهما طهر منفصل.

قال أبو العباس بن سريج: تطلق فيه وتعتد به قرءاً لوجود الطلاق فيه، وهذا خطأ، بل لا يقع فيه الطلاق ولا يقع به اعتداد؛ لأن وقوع الطلاق بالكلام إنما يكون بعد تمام الكلام

لا بأوله ألا تراه لو قيده بقيمة كلامه بشرط كان الطلاق محمولاً على ذلك الشرط ولو وقع بأوله ما حمل على شرط آخر، ولم يجد بعد تمام كلامه طهراً يكون قرءاً، فيكون شرطاً لوقوع الطلاق ولذلك لم تطلق.

فصل

وأما الحال الثانية وهو أن تكون من غير أهل السنة والبدعة وذلك بأن تكون واحدة من أربع:

إحداهن: أن تكون غير مدخول بها فتطلق واحدة في الحال طاهراً كانت أو حائضاً. وقد بانت بها لأنه لا عدة عليها ومن لا عدة عليها فلا قرء لها فتجري مجرى طلاقها للسنة فيقع الطلاق عليها في الحال. وإن لم تكون للسنة، فإن لم يتزوجها حتى مضى لها بعد الطلقة الأولى طهران انحل طلاقه فيما بقي من الطلقتين، وإن تزوجها قبل مضي الطهرين فعود طلاقه على قولين؛ لأنه عقد طلاق في نكاح وجد شرطه في غيره.

والثانية: أن تكون حاملاً فتقع عليها في الحال طلقة واحدة، لأن الحمل قرء معتد به وتكون طلقة لا سنة فيها ولا بدعة، فلو كانت تحيض على حملها لم تطلق في الأطهار التي بين حيضها سوى الطلقة التي وقعت بحملها، سواء حكم له بحكم الحيض أم لا؛ لأنه وإن كان حيضاً فليست أطهاره أقراء يعتد بها، وإذا لم تطلق إلا واحدة بالحمل فإن لم يراجعها حتى وضعت فقد انقضت عدتها وبانت، فإن استأنف نكاحها بعد مضي طهرين من حملها لم يعد عليها طلاق، وإن استأنفه قبل مضي الطهرين ففي عود طلاقه قولان على ما ذكرناه.

وإن راجعها قبل وضعها فإذا طهرت بعد نفاسها طلقت ثانية، فإذا حاضت ودخلت في الطهر الثاني طلقت ثالثة، فإن لم يراجع اعتدت من الطلقة الثانية، وإن راجع ووطىء اعتدت من الطلقة الثالثة، وإن راجع ولم يطأ فعلى ما مضى من القولين.

والثالثة: أن تكون صغيرة قد دخل بها فتطلق في الحال واحدة، فإن لم يراجعها حتى مضت أربعة أشهر فقد بانت بها، وإن راجع قبل مضي ثلاثة أشهر ولم تطلق بعد رجعته ما لم تحض؛ لأنه قد وقع طلاقها فيه، فإذا حاضت ثم طهرت طلقت ثانية، فإذا حاضت ودخلت في الطهر الثاني طلقة ثالثة وحرمت عليه إلا بعد زوج. والكلام في العدة عليها مضى.

والرابعة: أن تكون مؤيسة فتطلق في الحال واحدة كالصغيرة، فإن لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر فقد انقضت عدتها وبانت، ولو تزوجها لم يعد الطلاق قولاً واحداً؛ لأنها

في طهر قد وقع طلاقها فيه، وإن راجعها كانا على النكاح ولا تطلق بالطهر بعد الرجعة؛ لأنه هو الطهر الذي وقع فيه الطلاق الأول ولا يتصور مع الإياس أن تحيض، فإن حاضت فهي غير مؤيسة فتطلق إذا طهرت من حيضها طلقة ثانية، ثم تطلق ثالثة في طهر إن كان لها بعد حيضة أخرى.

فصل: في تعليق الطلاق بالطهر

وإذا قال لها وهي حائض: إذا طهرت فأنت طالق طلقت بعد انقطاع دمها بدخولها في أول الطهر، سواء انقطع دمها لأقل الحيض أو لأكثره، وسواء اغتسلت أو لم تغتسل، ويكون طلاق سنة، ولو قال لها وهي طاهر إذا طهرت فأنت طالق، لم تطلق في هذا الطهر حتى تدخل في طهر مستقبل، وذلك بأن تحيض بعد الطهر ثم تطهر فتطلق بدخولها في أول الطهر الثاني؛ لأن لفظة إذا موضوعة للمستقبل. ألا تراه لو قال يا زيد إذا جئتني فلك دينار وهو عنده لم يستحق الدينار حتى يستأنف المجيء إليه بعد هذا القول، ولكن لو قال لها إن كانت طاهراً فأنت طالق، فإن كانت في الحال طاهراً طلقت، وإن كانت حائضاً لم تطلق في الحال إلا إذا طهرت؛ لأنه جعل وجود طهرها في الحال شرطاً في وقوع الطلاق ألا تراه لو قال لها: إن كنت في الدار فأنت طالق فكانت في غير الدار لم تطلق بدخول الدار، ولو قال لها: إذا طهرت طهراً فأنت طالق فإن كانت في الحال حائضاً، فإذا مضى عليها بعد هذا الحيض طهر كامل ودخلت في أول الحيضة الثانية طلقت وكان طلاق بدعة لوقوعه في الحيض. وإن كانت في الحال طاهراً فإذا مضى بقية طهرها وحيضة بعدها ثم طهر كامل ودخلت في أول الحيضة الثانية طلقت وكان طلاق بدعة. وإنما كان كذلك، لأن قوله إذا طهرت طهراً يقتضي كمال طهر مستقبل، ولو قال لها أنت طالق في طهرك، فإن كانت في تلك الحال طاهراً طلقت، وإن كانت حائضاً طلقت إذا طهرت فيقع الطلاق في هذا بالطهر في الحال وبالطهر المستقبل وإذا وقع الطلاق بالطهر في الحال لم يقع بالطهر المستقبل؛ لأن وجود الشرط قد استوفى حكمه.

فصل: في تعليق الطلاق بالحيض

وإذا قال لها وإذ هي طاهر إذا حضت فأنت طالق طلقت بدخولها في أول الحيض ويكون طلاق بدعة، فإذا رأت الدم في زمان العادة فالظاهر أنه أول الحيض فيحكم بوقوع الطلاق، فإن استدام يوماً وليلة تحقق وقوعه، وإن انقطع لأقل من يوم وليلة بان أنه لم يكن حيضاً وأن الطلاق لم يقع، وإن رأت الدم قبل وقت العادة فالظاهر أنه ليس بحيض، وأن الطلاق لم يقع، وإن استدام يوماً وليلة بان أنه كان حيضاً وأن الطلاق وقع بأول الدم، ولو

قال لها وهي حائض: إذا حضت فأنت طالق، لم تطلق في بقية حيضها حتى تطهر منها ثم تحيض بعد طهرها فتطلق كما ذكرنا في الطهر، ويكون طلاق بدعة، لو قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، فإن كانت طاهراً: فإذا مضى بقية طهرها ثم حيضة كاملة بعدها ثم دخلت في أول الطهر الثاني طلقة وكان طلاق سنة. ولو كانت حائضاً فإذا مضى بقية حيضها ثم طهر كامل ثم حيضة كاملة ثم دخلت في أول الطهر الثاني طلقت، وكان طلاق سنة. ولو قال لها: إن كنت حائضاً فأنت طالق، فكانت طاهراً لم تطلق في الحال ولا إذا حاضت في ثاني حال. ولو قال لها أنت طالق في حيضك طلقت بالحيض في الحال.

فإن لم تكن فبالحيض المستقبل كما قلنا في الطهر، فلو قال: كلما حضت فأنت طالق طلقت بدخولها في الحيضة الأولى طلقة واحدة، وبدخولها في الحيضة الثانية طلقة ثانية، وبدخولها في الحيضة الثالثة طلقة ثالثة، لأن لفظ كلما موضع للتكرار، ويكون الثلاث كلهن طلاق بدعة وتنقضي عدتها بدخولها في الحيضة الرابعة، لأن لها في الثلاث حيض طهرين فتأتي بالطهر الثالث وانقضاؤه يكون بدخولها في الحيضة الرابعة، ولو كان قال لها كلما حضت حيضة فأنت طالق، طلقت ثلاثاً بدخولها في الطهر الثالث وانقضت عدتها بدخولها في الحيضة الرابعة، ويكون هذا طلاق سنة، لأنه يقع في أول كل طهر.

فصل آخر منه: وإذا قال لها: إذا حضت فأنت طالق فقالت: قد حضت فإن صدقها فيه طلقت، وإن أكذبها فقولها فيه مقبول على نفسها، وله إحلافها، وقد طلقت. ولو قال لها: قد حضت؟ فقالت: لم أحض طلقت بإقراره. ولو قال لها: إذا حضت فضرتك عمرة طالق، فقالت: قد حضت. فإن صدقها طلقت ضرتها، وإن أكذبها لم تطلق ضرتها، لأن قولها في حيضها وإن كان مقبولاً على نفسها، مع تكذيب الزوج فهو غير مقبول على غيرها إلا بتصديق الزوج. كالمودع يقبل قوله في الوديعة على ما ذكرنا ولا يقبل قوله في ردها على غيره. فلو قال لها: إذا حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت فإن صدقها طلقت هي وضرتها، وإن أكذبها طلقت هي، وبم تطلق ضرتها لأن قولها على نفسها مقبولاً وعلى ضرتها غير مقبول، فإن صدقتها الضرة على الحيض لم يؤثر تصديقها، لكن لها إحلاف الزوج على تكذيبها، وهو مخير في يمينه بين أن يحلف أن تلك لم تحض أو يحلف أن الضرة لم تطلق؛ لأن المقصود بالحيض وقوع الطلاق في أن تكون اليمين معقودة عليه.

فصل آخر منه: ولو قال وله زوجتان: إذا حضتما فأنتما طالقتان، فإن حاضت إحداهما لم تطلق واحدة منهما، وإن حاضتا طلقتا. فلو قالتا قد حضنا، فإن صدقهما طلقتا، وإن أكذبهما لم يطلقا، لأن طلاق كل واحدة منهما بحيضها فحيض ضرتها، وقولها وإن كان مقبولاً على نفسها فقول ضرتها غير مقبول عليها، فلو صدق إحداهما وكذب

الأخرى، طلقت المكذبة دون المصدقة؛ لأن المكذبة قولها مقبول على نفسها، وقد صدق عليها ضرتها فطلقت، فضرة المصدقة مكذبة عليها فلم تطلق.

فلو قال وهن ثلاث إذا حضتن فأنتن طوالق، فإذا حاضت واحدة منهن أو اثنتان لم تطلق واحدة منهن. فإذا حضن معاً طلقن كلهن، فلو قلن: قد حضن فإن صدقهن طلقن وإن كذبهن لم يطلق، وإن صدق واحدة وكذب اثنتين لم تطلق واحدة منهن؛ لأن في طلاق كل واحدة منهن مكذبة عليها. ولو صدق اثنتين وكذب واحدة طلقت المكذبة وحدها؛ لأنه قد صدق ضرتيها عليها، ولا تطلق كل واحدة من المصدقتين؛ لأن في إحدى ضرتيها مكذبة.

ولو كن أربعاً فقال: إذا حضتن فأنتن طوالق فقلن: قد حضنا فإن صدقهن طلقن وإن كذبهن لم يطلقن، وإن صدق واحدة وكذب ثلاثاً لم يطلقن، وكذلك لو صدق اثنتين وكذب اثنتين لم تطلق واحدة منهن؛ لأن طلاق كل واحدة يكون بحيضها وحيض ضرائرها الثلاث وكل واحدة من المصدقتين قد كذب عليها ضرتين، وكل واحدة من المكذبتين قد كذب عليها ضرة، فلو صدق ثلاثاً وكذب واحدة طلقت المكذبة وحدها دون المصدقات؛ لأن قول المكذبة مقبول على نفسها وقد صدق ضرائرها عليها فطلقت.

وكل واحدة من المصدقات قد كذب عليها واحدة من ضرائرها فلم تطلق.

فصل آخر منه: وإذا كان له أربع زوجات فقال: أيتكن حاضت فضرائرها طوالق فإن حاضت واحدة منهن لم تطلق، وطلق كل واحدة من ضرائرها واحدة؛ لأن حيض كل واحدة شرط في طلاق غيرها. فإن حاضت ثانية لم تطلق هي، وطلقت الحائض الأولى واحدة، وطلقت كل واحدة في الحيضة الثانية ثانية ثانية، فإن حاضت ثالثة طلقت بها الأولى طلقة ثانية وطلقت الثانية طلقة ثانية وطلقت بها والرابعة طلقة ثالثة، فإن حاضت الرابعة طلقت بها الأولى طلقة ثالثة، وطلقت بها الثانية طلقة ثانية، وطلقت بها الثالثة طلقة ثالثة، فيطلقن ثلاثاً ثلاثاً، فلو قلن: قد حضنا فإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن، لأن طلاقها بحيض ضرائرها لا بحيضها، وإن صدق واحدة منهن وكذبت الباقيات طلقت كل واحدة من المكذبات الثلاث واحدة واحدة، لأنه قد صدق عليها واحدة، ولا تطلق المصدقة؛ لأن كل واحدة من ضرائرها مكذبة.

ولو صدق اثنتين وكذب اثنتين طلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين؛ لأنه قد صدق عليها ضرتين وطلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة واحدة، لأنه قد صدق عليها ضرة واحدة، ولو صدق ثلاثاً وكذب واحدة طلقت المكذبة ثلاثاً؛ لأنه قد صدق عليها ثلاث ضرائر وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين؛ لأنه قد صدق عليها ضرتين، ولو صدق

الأربع كلهن طلقت واحدة منهن ثلاثاً؛ لأنه قد صدق عليها ثلاث ضرائر.

فصل

وإذا قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق واحدة، فإذا حضت حيضتين فأنت طالق اثنتين. فحاضت حيضتين طلقت ثلاثاً، بالأولى منهما طلقة؛ لأنها قد حاضت حيضة، وبالثانية طلقتين: لأنها قد حاضت حيضتين.

ومثاله أن يقول: إن كلمت رجلاً فأنت طالق واحدة، وإن كلمت شيخاً فأنت طالق واحدة وإن كلمت زيداً فأنت طالق واحدة فكلمت زيداً وكان شيخاً طلقت ثلاثاً، واحدة بأنه رجل وثانية بأنه شيخ وثالثة بأنه زيد، ولو كلمت عمراً وإن كان شاباً لم تطلق إلا واحدة بأنه رجل. ولو كان شيخاً لم تطلق الاثنتين واحدة بأنه رجل وثانية بأنه شيخ، ولكن لو قال لها: إذا حضت فأنت طالق واحدة، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق ثنتين لم تطلق ثلاثاً إلا بثلاث حيض لأجل قوله. فيقع منهما بالحيضة الأولى طلقة ولا تطلق بالحيضة الثانية شيئاً، فإذا حاضت الحيضة الثالثة صارت مع الحيضة الثانية صفة لوقوع الطلقتين فتطلق حينئذٍ ثلاثاً، وإنما كذلك، لأن ثم توجب التراخي والفصل، والواو توجب الاشتراك والجمع، فلذلك فافترقا في هذين الموضعين.

فصل آخر: إذا قال وله امرأتان: إذا حضتما حيضة فأنتما طالقتان ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنه علق طلاقهما بحيضة منهما ومستحيل أن يشتركا في حيضة واحدة ولا بحيض إحداهما؛ لأنها لا تكون الحيضة منهما فصار تعليق الطلاق بها لغواً فلم تقع.

والوجه الثاني: أن الشرط صحيح وتعليق الطلاق به جائز، ومعنى قوله: إذا حضتما حيضة أي إذا حاضت كل واحدة منكما حيضة فأنتما طالقتان، والكلام إذا كان مفهوم المعنى وأمكن حمله على الصحة. وإن كان على وجه المجاز لم يجز حمله على الإلغاء والفساد، فإذا حاضت كل واحدة حيضة كاملة طلقت طلاق السنة لوقوعه في أول الطهر وأن حاضت إحداهما دون الأخرى لم تطلق واحدة منهما. وأصل هذه المسألة: اختلاف المتقدمين من أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة فيمن قال لامرأتيه إذا ولدتما ولداً فأنتما طالقتان، فذهب الربيع بن سليمان من أصحابنا. وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة إلى أنهما لا يلحقهما بالولادة طلاق، لأنه إن ولدت إحداهما لم يكن ذلك منهما وإن ولدتا معاً لم يكن ذلك ولداً، فلذلك لم تطلق واحدة منهما بولادتها ولا بولادتهما. وذهب أبو إبراهيم المزني ومحمد بن الحسن إلى أن تعليق الطلاق بهما صحيح والمراد به ولادة كل واحدة

منهما، فإذا ولدت إحداهما لم تطلق واحدة منهما، وإن ولدتا معاً طلقتا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً بَعْضُهُنَّ لِلْسُّنَّةِ وَبَعْضُهُنَّ لِلْبِدْعَةِ وَقَعَتِ اثْنَتَانِ فِي أَيِّ الحَالَيْنِ كَانَتْ وَالأُخْرَى إِذَا صَارَتْ فِي الحَالِ الأُخْرَى قُلْتُ أَنَا أَشْبَهُ بِمَذْهَبِهِ عِنْدِي أَنَّ قَوْلَهُ بَعْضُهُنَّ يَحْتَمِلُ وَاحِدَةً فَلَا يَقَعُ غَيْرُهَا أَوْ اثْنَتَيْنِ فَلَا يَقَعُ غَيْرُهُمَا أَوْ مِنْ كُلٍّ وَاحِدَةٍ فَيَقَعُ بِذَالِكَ ثَلَاثٌ فَلَمَّا كَانَ الشَّكُّ القَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ مَا أَرَادَ بِبَعْضِهِنَّ فِي الْحَالِ الأُولَى إِلاَّ وَاحِدَةً وَبَعْضُهُنَّ البَاقِي فِي الحَالِ الثَّانِيَةِ فَالأَقَلُّ يَقِينٌ وَمَا زَادَ شَكٌّ وَهُوَ لَا يَسْتَعْمِلُ الحُكْمِ بِالشَّكِّ فِي الطَّلَاقِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال لامرأته؛ أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة، فالبعض اسم مبهم يجوز أن يطلق على أقل الثلاث وعلى أكثرها، وعلى العدد الصحيح منها والمكسور. فإذا جعل بعض الثلاث للسنة وبعضها للبدعة لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقدر بلفظه.

والثالث: أن يقدر بنيته، فإن أطلق ولم يقدر بلفظه ولا بنيته اقتضى إطلاق التسوية بين البعض وإن لا يفضل أحدهما على الآخر، كما لو أقر بدار لرجلين كانت بينهما من غير تفضيل، لأنه ليس تفضيل أحدهما على الآخر، كما لو أقر بدار لرجلين كانت بينهما من غير تفضيل، لأنه ليس تفضيل أحدهما بالزيادة بأولى من تفضيل الآخر. فلذلك وجب التسوية بينهما. وأن يكون كل واحد من البعضين طلقة ونصفاً، فيجعل البعض الواقع في الحال طلقة ونصفاً. والطلاق لا يتبعض بل يكمل فوجب أن يقع في الحال طلقتان، فإن كانت الحال الأولى حال السنة، كانت الطلقتان للسنة، ووقعت الثالثة للبدعة. وإن كانت الحال الأولى حال البدعة كانت الطلقتان للبدعة، والطلقة الثالثة للسنة. وقال المزني: إطلاق التبعيض يقتضي تعجيل أقلهما، لا يقع في الحال الأولى إلا واحدة؛ لأن ذلك يقين والزيادة شك. وإذا اقترن بيقين الطلاق شك لم يعمل إلا على اليقين دون الشك وهذا خطأ؛ لأن التسوية بين البعضين في الإطلاق أولى من التفضيل لما ذكرنا، وإن قدر كل واحد من البعضين بلفظ، حمل على ما قدره بلفظه سواء عجل الأكثر فأوقع في الحال الأولى طلقتين، وفي الحال الأخرى طلقة أو عجل الأقل فأوقع في الحال الأولى طلقة وفي الحال الأخرى طلقتين أو سوى بين الحالين فأوقع في الأولى طلقتين وفي الأخرى طلقة؛ لأن التقدير ملفوظ به كالطلاق فوجب أن يعمل عليه، وإن قدر كل واحد من البعضين بنيته نظر فإن نوى بأعجل البعضين أكثرهما أو التسوية بينهما عمل على نيته فوقع في الحال الأولى طلقتان،

وفي الحال الثانية طلقة. وإن نوى بأعجل البعضين أقلهما، وهو أن يقع في الحال الأولى واحدة وفي الحال الثانية طلقتان ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه يقبل منه في الظاهر والباطن. ولا يقع في الحال الأولى إلا واحدة ويقع في الحال الأخرى طلقتان كما لو قدره بلفظه.

والوجه الثاني: وهو قول بعض أصحابنا: أنه لا يقبل منه في الظاهر ويلزمه في الحال طلقتان في ظاهر الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال: أنت طالق ثم قال بوقت إلى شهر وهذا خطأ والفرق بينهما أن البعض حقيقة وليس كذلك إطلاق الطلاق، إذا نوى أن يكون إلى شهر؛ لأن حقيقته تعجيل الطلاق فجاز أن لا يحمل في الظاهر على نيته، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أَعْدَلَ أَوْ أَحْسَنَ أَوْ أَكْمَلَ أَوْ مَا أَشْبَهَهُ سَأَلْتُهُ عَنْ نِيَّتِهِ فَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً وَقَعَ الطَّلَاقُ لِلْسُّنَّةِ».

قال الماوردي: إذا قال: أنت طالق أعدل الطلاق أو أكمل الطلاق أو أفضل الطلاق أو أحسن الطلاق أو أهنأه أو أسراه أو أسوأه أو أنهاه أو قال: شبه ذلك من صفات الحمد لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يكون له فيه نية أو لا نية فيه، فإن لم يكن له فيه نية وجب حمله على طلاق السنة، لأنه الأعدل الأفضل الأجمل الأكمل سواء تغلظ ذلك عليه بالتعجيل أو تخفف بالتأجيل، وإن كانت طاهراً طلقت في الحال طلاق السنة. وإن كانت حائضاً لم تطلق حتى إذا طهرت طلقت حينئذٍ للسنة وإن كانت له نية فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون نيته موافقة لظاهر لفظه وهو أن ينوي طلاق السنة فيحمل على ما نوى من طلاق السنة وتكون النية تأكيداً للظاهر؛ لأنه إذا حمل على طلاق السنة في غير نية كان أولى أن يحمل عليه مع النية.

والضرب الثاني: أن تكون نيته مخالفة لظاهر لفظه، وهو أن يريد به طلاق البدعة لأنه اعتقد أن الأعدل مع قبح طريقها، والأجمل بسوء خلقها، أن يطلق للبدعة فهذا على ضربين.

أحدهما: أن يكون ذلك أغلظ حاليه بأن تكون حائضاً أو مجامعة فيحمل على طلاق البدعة، ويقع الطلاق في الحال؛ لأنه أغلظ.

والضرب الثاني: أن يكون ذلك أخف حاليه بأن تكون في الحال طاهراً غير مجامعة، دين فيما بينه وبين الله تعالى.

وهل تقبل منه في ظاهر الحكم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يقبل منه في ظاهر الحكم، ولا يلزمه وقوع الطلاق إلا إذا صارت إلى حال البدعة، لأن ما ذكره من التأويل قد يحتمل أن يعدل بظاهر اللفظ إليه ثم لا يلزمه في ذلك إلا طلقة واحدة ما لم يرد أكثر منها.

فإن قيل فهلَّا إذا قال: أنت طالق أكمل الطلاق يلزمه الثلاث لأنها أكمل الطلاق قيل: الثلاث هي أكمل الطلاق عدداً وقد يجوز أن يريد أكمل الطلاق صفة وحكماً، فلم يجز أن يحمل على كمال العدد دون الصفة إلا بنية؛ لأن الثلاث زيادة فلم تقع إلا باليمين ولكن لو قال أنت طالق أكثر الطلاق وقع ثلاثاً؛ لأن الكثرة لا تكون إلاَّ في العدد، دون الصفة، ولو قال: أنت طالق أكثر الطلاق كان واحدة ولم يكن ثلاثاً ألا بالنية، لأنه الأكثر قد يعود إلى الصفة كما يعود إلى العدد، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَقْبَحَ أَو أَسْمَجَ أَوْ أَفْحَشَ أَوْ ما أَشْبَهَهُ سَأَلْتُهُ عَنْ نِيَّتِهِ فَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً وَقَعَ لِلْبِدْعَةِ».

قال الماوردي: وهذا نصه ما تقدم من صفة الطلاق بصفات الحمد فإذا قال لها: أنت طالق أقبح الطلاق أو أسمج الطلاق أو أفحش الطلاق أو أردأه أو أنداه أو أضره أو أنكره أو أمرُّه. أو ما أشبه ذلك من صفات الذم، فإن لم تكن له نية حمل على طلاق البدعة، لأنه الأسمج، الأقبح الأضر الأمر. وإن كانت له نية نظر فيها فإن وافقت ظاهر لفظه، أن يريد به طلاق البدعة حمل عليها، وكان عشرتها هو الأسمج الأقبح، فإن كان ذلك أغلظ حاليه وأعجلهما عمل عليه وقل قوله فيه، وإن كان أخف حاليه وأبعدهما دين فيه، وفي قبوله منه في الحكم وجهان:

أحدهما: لا يقبل منه اعتباراً بظاهر اللفظ.

والثاني: يقبل منه لاحتمال ما ذكرنا من التأويل.

فصل

ولو قال: أنت طالق أشد الطلاق ولم يكن له نية طلقت في الحال من غير مراعة سنة ولا بدعة، لأن أشد الطلاق تعجيله وتكون رجعية، وكذلك لو قال أنت طالق أطول الطلاق أو أعرض الطلاق أو أقصر الطلاق كانت واحدة رجعية؛ لأن الطلاق لا طول له ولا عرض.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: أنت طالق أكبر الطلاق أو أطول الطلاق أو أعرض الطلاق

أو أشد الطلاق طلقت طلقة واحدة بائنة. ووافق في الأقصر والأصغر أنها تكون رجعية. وعندنا لا تكون الواحدة بائنة بحال إلا في غير المدخول بها. والكلام معه يأتي.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً حَسَنَةً قَبِيحَةً أَوْ جَمِيلةً فَاحِشَةً طُلِّقَتْ حِينَ تَكَلَّمَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذ قصد الطلاق بصفتين مختلفتين فقال: أنت طالق واحدة حسنة قبيحة، أو جميلة فاحشة، أو ضارة نافعة، أو سنية بدعية وقع طلاقها في الحال، سواء كانت في حال السنة أو في حال البدعة. واختلف أصحابنا في تعليل ذلك فقال بعضهم: وهو الظاهر من تعليل الشافعي أنه وصفها بصفتين أحدهما صفة طلاق السنة والأخرى صفة طلاق البدعة، وهي في أحد الحالتين، وفوقع الطلاق عليهما بوجود إحدى الصفتين. وقال آخرون: بل العلة فيه أن تقابل الصفتين أوجب سقوطهما، لأجل المضادة فيهما فصارت الطلقة بسقوط الصفتين مطلقة، فوقع الطلاق بها في الحال، ولو قال: أنت طالق طلاق الحرج والسر، وقع الطلاق عليها في الحال، لأن طلاق الحرج هو طلاق البدعة فصار واصفاً لها بصفتين متضادتين فيقع بها الطلاق معجلاً على ما ذكرنا من اختلاف العلتين فلو قال: أردت بالحرج طلاق الثلاث وبالسنة أن يكون في كل طهر واحدة، فهذا يحتمل ظاهر كلامه أيضاً. وهو أغلظ عليه من الواحدة المعجلة فتقع ظاهراً وباطناً على ما نوى.

ولو قال: أنت طالق ملىء مكة أو ملىء الحجاز أو ملىء الدنيا، طلقت واحدة لم يرد أكثر منها. لأن الطلاق لا يشمل محلاً، فيقع في مكان دون مكان. ويكون معنى قوله: ملىء الدنيا أي يظهر ذكرها في الدنيا، وقد ظهر فيها ذكر الواحدة كظهور الثلاث.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا قَدِمَ فُلَانٌ لِلسُّنَّةِ فَقَدِمَ فُلَانٌ فَهِيَ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ».

قال الماوردي: لأنه علق بطلاقها بشرط وصفة، فالشرط قدوم زيد والصفة أن يكون طلاق السنة فوجب أن تعتبر الصفة بعد وجود الشرط فلا طلاق قبل قدوم زيد، فإذا قدم فقد وجد الشرط فوجب مراعاة الصفة فإن كانت عند قدوم زيد في طهر لم تجامع فيه، طلقت حال قدومه لوجود الشرط والصفة معاً، وإن كانت حائضاً أو في طهر قد جومعت فيه، لم تطلق بوجود الشرط لعدم الصفة حتى إذا صارت في طهر لا جماع فيه، طلقت بحدوث الصفة بعد وجود الشرط ولا يعتبر اجتماع الصفة والشرط. ولكن لو قال: إذا قدم فلان وأنت من ذوات السنة فأنت طالق، لم تطلق إلا بقدوم فلان وهي في ظهر لا جماع فيه،

لأنه قد جعل الصفة شرطاً، وجعل طلاقها معلقاً باجتماع شرطين، فلم تطلق بوجود أحدهما ولا بانفرداهما.

ولو قال: إذا قدم زيد فأنت طالق، ولم يعلقه بسنة ولا بدعة، طلقت بقدومه طاهراً كانت أو حائضاً. لكن إن كانت طاهراً فهو طلاق سنة، وإن كانت حائضاً فهو طلاق بدعة، غير أنه لا يأثم به، لأنه لم يقصده.

ألا ترى أن متعمد وطيء الشبهة آثم، ومن لم يتعمده غير آثم، وإذا لم يأثم لم يندب إلى الرجعة كالإثم، لأن المقصود بالرجعة قطع الإثم، ولا فرق بين قوله: أنت طالق إذا قدم زيد وبين قوله إن قدم زيد، أنها لا تطلق إلا بقدوم زيد، لأنهما جميعاً حرفا شرط. ولكن لو قال: أنت طالق إذا قدم زيد، وأنت طالق أن قدم بفتح الألف طلقت مكانها، لأنهما حرفا جزاء عن ماض سواء كان زيد قد قدم أم لا؟ لأنه إن لم يقدم بطل الجزاء وثبت الحكم.

فصل

ولو قال: أنت طالق للسنة إذ جاء يوم الجمعة، فيوم الجمعة شرط وطلاق السنة صفة فإن جاء يوم الجمعة وهي في طهر لا جماع فيه طلقت، وإن كانت في يوم الجمعة حائضاً فإذا طهرت طلقت، ولو كان قال لها: أنت طالق للسنة في يوم الجمعة فإن كانت فيه طاهراً طلقت، وإن كانت حائضاً فيه لم تطلق إذا طهرت، لأنه جعل وقوع طلاقها على هذه الصفة في يوم الجمعة شرطاً، فلم يقع في غيره. ولم يجعله في المسألة الأولى شرطاً فجاز أن يقع في غيره فلذلك افترقا.

فصل

ولو قال لصغيرة أو حامل أو غير مدخول بها: إذا قدم زيد فأنت طالق للسنة. فإن قدم زيد قبل بلوغ لصغيرة ووضع الحامل، ووطء غير المدخول بها طلقت في الحال، لأنه لا سنة في طلاقهن ولا بدعة. وإن قدم زيد بعد حيض الصغيرة، ووضع الحامل، ووطيء غير المدخول بها، روعي فيهن طلاق السنة اعتباراً بحال الشرط لا وقت العقد، فإن كن في طهر طلقن، وإن كن في حيض لم يطلقن فيه حتى إذا طهرن طلقن والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ لِفُلَانٍ طُلِّقَتْ مَكَانَهُ».

قال الماوردي: أما إذا قال: أنت طالق لفلان فهي طالق في الحال، لأن معناه لأجل فلان، وأما إذا قال: أنت طالق لرضى فلان، فقد ذهب قوم إلى أن رضى فلان شرط في

وقوع الطلاق، وهذا خطأ بل الطلاق واقع في الحال، لأن معناه أنك طالق لرضى فلان كقوله لعبده: أنت حر لرضى الله، أو لوجه الله، فإنه يعتق ولا يكون شرطاً، لأن معناه لرضى الله، فإن قال: أردت بقولي لرضى فلان الشرط وأن معناه إن رضي فلان فلا تطلق إن لم يرض فلان دين فيما بينه وبين الله تعالى، فلم يقع إلا أن يرضى فلان. فأما الظاهر ففيه وجهان:

أحدهما: يقع الطلاق في الظاهر معجلاً اعتباراً بحكم الظاهر في الجزاء.

والوجه الثاني: لا يقع في الظاهر إلا على ما نوى، إذ رضي فلان اعتباراً باحتمال الكلام في كونه شرطاً.

فصل

ولو قال: أنت طالق إن رضي زيد وإذا رضي زيد، صار الرضى شرطاً في وقوع الطلاق، لأن إذا وإن من حروف الشرط المستقبلة، فإن رضي زيد وقع الطلاق، وإن لم يرض لم يقع، لكن الرضى في قوله: إن رضي على الفور فإن تراخى الرضى لم يصح، وفي قوله إذا رضي على التراخي، فلو رضي ولو بعد طول زمان صح، لما ذكرنا قبل من الفرق بين إن وإذا. وأما رضى زيد فلا يعرف إلا بقوله قد رضيت من غير أن يعتبر أمارات فعله كالمشيئة، لكن إن كان زيد صادقاً في رضاه وقع الطلاق في ظاهر الحكم. وهل يدين فيه أم لا؟ على وجهين، فأما إذا قال: أنت طالق إذا رضي زيداً وأن رضي زيد بفتح الألف طلقت من غير اعتبار الرضى لأنهما حرفا جزاء عن ماض.

فصل

ولو قال لها: أنت طالق إن رضي زيد وكان زيد صغيراً فرضي في صغره ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا حكم لرضاه، لأنه بالصغر خارج من أن يكون من أهل الرضا، فعلى هذا لا تطلق برضاه في صغره، من غير أهل الرضى، ولا تطلق برضاه في كبره لتراخي الرضى.

والوجه الثاني: وهو ضعيف أنها تطلق بقوله في صغره: قد رضيت تغليباً لحكم الطلاق بالصفة، وهكذا لو قال لها: أنت طالق إن شاء زيد وكان زيد صغيراً فقال: قد شئت كان وقوع طلاقها على هذين الوجهين، وهكذا لو قال لها وهي صغيرة أنت طالق إن شئت فقالت: قد شئت. كان وقوع طلاقها على هذين الوجهين. ولكن لو قال للبالغ وهي سكرى من شراب محرم، أنت طالق إن شئت فشاءت في سكرها طلقت لأن السكران في حكم

الصاحي، ولو قال لها وهي صغيرة: أنت طالق إن دخلت الدار، فطلقت وجهاً واحداً كما لو علق ذلك بدخول من لا قصد له من حمار أو بهيمة طلقت.

فصل

ولو قال لها: أنت طالق إن شئت، فقالت: قد شئت إن شئت. فقال الزوج: قد شئت ففيه وجهان:

أحدهما: أن الطلاق واقع لحصول مشيئتها بمشيئة الزوج.

والوجه الثاني: وهو أولاهما ـ أن الطلاق لا يقع لأمرين:

أحدهما: أن تعليق الطلاق بمشيئتها يقتضي وجود مشيئة مطلقة، وهي علقت مشيئتها بمشيئة الزوج فكانت منه غير مطلقة.

والثاني: أن تعليق المشيئة بالصفة لا يجوز، لأنه لو قال لها: أنت طالق إن شئت إن قام زيد لم يصح، كذلك إذا علقت مشيئتها بمشيئة الزوج.

فصل

ولو قال: أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثاً، فقالت: قد شئت ثلاثاً لم تطلق واحدة ولا ثلاثاً، لأنه جعل وقوع الواحدة مشروطاً بأن لا تشاء ثلاثاً، فإذا شاءت ثلاثاً عدم الشرط في الواحدة فلم تقع. فأما الثلاث فالمشيئة فيها شرط في رفع الواحدة، وليس بشرط في وقوع الثلاث والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ لَمْ تَكُونِي حَامِلاً فَأَنْتِ طَالِقٌ وَقَفَ عَنْهَا حَتَّى تَمُرَّ لَهَا دَلاَلَةٌ عَلَى الْبَرَاءَةِ مِنَ الْحَمْلِ».

قال الماوردي: أما قوله: إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق، فمعناه إن كنت حائلاً فأنت طالق، فلا يخلو إما أن تكون حاملاً أو حائلاً، فإذا نفاه عن أحدهما تعلق بالآخر. وإذا كان كذلك فالظاهر عند اشتباه حالها أنها حائل، فيحرم عليه وطئها، لأن الظاهر وقوع الطلاق عليها، وعليه أن يستبرئها بعدة حرة، ثلاثة أقراء هي أطهار. وسواء كان قد استبرأها قبل عقد طلاقه أم لا، لأن هذا استبراء طلاق في الظاهر، فلم يجز أن يعتد به قبل زمان وقوعه. وإذا كان كذلك لم يخل حالها عند انقضاء الأقراء من أن تكون مستبرئة أو غير مستبرئة. فإن كانت غير مستبرئة بانت بالظاهر، وهل تحل للأزواج قبل أن تمضي مدة أكثر الحمل أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها قد حلت في الظاهر للأزواج وإن جاز في الممكن أن يكون بها حمل، كما تحل التي نجز طلاقها إذا اعتدت بثلاثة أقراء وإن أمكن أن يكون بها حمل.

والوجه الثاني: أنها محرمة على الأزواج حتى تمضي مدة أكثر الحمل وهي أربع سنين فتبين وقوع الطلاق عليها بيقين، كونها حائلاً وقت عقد طلاقها، والفرق بين هذه وبين التي نجز طلاقها فأمكن بعد الأقراء الثلاثة أن تكون حاملاً فلا تحرم على الأزواج بهذا التوهم الممكن، وتحرم في مسألتنا بهذا التوهم الممكن، أن التوهم في هذه المسألة يوقع شكاً في وقوع الطلاق، فجاز أن تحرم على الأزواج، والتوهم في الطلاق الناجز لا يوقع شكاً في وقوع الطلاق، وإنما يوقعه في العدة مع انقضائها بحكم الشرع في الظاهر، فجاز أن لا تحرم على الأزواج.

فصل

وإن كانت عند انقضاء الثلاثة أقراء مستبرئة بأن ظهر منها أمارات الحمل وشواهده، ففي استباحة وطئها بهذه الأمارات وجهان يخرجان من اختلاف قوليه، في نفقة الحامل المعتدة:

أحدهما: يستبيح وطئها بأمارات الحمل اعتباراً بالظاهر وتغليباً لحكمه.

والوجه الثاني: أنه لا يستبيح وطئها وهو على تحريمه لجواز أن يكون غلظاً وريحاً ولا يكون حملاً صحيحاً.

والوطء المحظور لا يجوز أن يستباح بالشك، فعلى هذا لها حالتان:

إحداهما: أن لا تضع حملاً، فالطلاق قد وقع من وقت العقد، والعدة قد انقضت بالأقراء الثلاثة من بعد العقد، فإن كان وطئها فهو وطء شبهة، تعتد منه ثلاثة أقراء لا يملك فيها رجعة.

والحال الثانية: أن تضع ولداً فلا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن تضعه لأقل من ستة أشهر من عقد الطلاق فلا طلاق عليه لعلمنا بكونها حاملاً عند عقده، لأن الحمل لا يكون أقل من سنة.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين، فالطلاق واقع والعدة منقضية بالأقراء الثلاثة، لأن الحمل لا يجوز أن يستديم أكثر من أربع سنين فيتعين بذلك أنها كانت عند عقد الطلاق حاملاً فإن كان وطئها قبل الحمل، اعتدت بثلاثة أقراء، لأنه وطء شبهة.

والقسم الثالث: أن تضعه ما بين ستة أشهر وأربع سنين، فللزوج حالتان إحداهما أن لا يكون قد وطئها في هذه المدة فيحكم لحملها بالتقدم، ووجوده عند عقد الطلاق فلا يقع الطلاق.

والحال الثانية: أن يكون الزوج قد وطئها، فينظر في وضع الحمل، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الوطء لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد فهو حمل متقدم وقت العقد فلا يقع الطلاق، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر من الوطء والعقد جميعاً ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنها تطلق تغليباً لحكم حدوثه لا بناءً على يقين منه، وفي شك في تقدمه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها لا تطلق لجواز تقدمه، وتغليباً لحكم اليقين في بقاء نكاحه وإسقاطاً للشك في وقوع الطلاق والله أعلم.

فصل

فأما إذا عكس مسألة الكتاب فقال: إن كنت حائلاً فأنت طالق فهو ممنوع من وطئها حتى يستبرئها لجواز أن تكون حاملاً فتطلق، وفي هذا المنع وجهان:

أحدهما: أنه منع تحريم كالمنع في قوله: إن كنت حائلاً فأنت طالق.

والوجه الثاني: أنه كراهة لا تحريم وقد أشار إليه الشافعي في «الإملاء»، والفرق بين أن يعلق طلاقها بوجود الحمل فيكون المنع لكراهة لا لتحريم وبين أن يعلقه بعدم الحمل فيكون المنع منع تحريم هو أن الأصل أن لا حمل فحرم وطئها، إذا علقه بعدمه، ولم يحرم إذا علقه بوجوده. وإذا لزم استبراؤها لوطئه لم يخل حاله من أن يكون قد استبرأها قبل عقد طلاقها، أو لم يستبرأها، فإن لم يكن قد استبرأها فعليه أن يستبرىء، وفي قدر ما يستبرىء به وجهان:

أحدهما: بثلاثة أقراء هي ثلاثة أطهار لأن استبراء الحرة لا يكون بأقل منها كالعدة.

والوجه الثاني: أنه يستبرئها بقرء واحد لأنه استبراء لاستباحة الوطء وليس باستبراء من فرقة، فجرى مجرى استبراء الأمة المشتراة والمسبية وخالف الاستبراء في المسألة المتقدمة، لأنه استبراء الفرقة، فعلى هذا هل يكون القرء طهراً أو حيضاً؟ فيه وجهان من اختلاف الوجهين في استبراء الأمة:

أحدهما: أنه الطهر.

والثاني: أنه الحيض، وإن كان قد استبرأها قبل عقد طلاقه، ففي إجزائه عن استبرائه بعد عقده وجهان:

أحدهما: يجزىء، لأنه قد يعلم به براءة الرحم.

والوجه الثاني: أنه لا يجزىء، لتقدمه على سببه، كما لا يجزىء استبراء أمة قبل الشراء عن أن يستبرئها بعد الشراء، وإذا كان كذلك لم يخل حالها بعد الاستبراء من أن تظهر بها أمارات الحمل أو لا تظهر، فإن لم تظهر بها أمارات الحمل ولا استبرائت بنفسها بعد زمان الاستبراء فهي على الزوجية وله وطئها، وإن ظهر بها أمارات الحمل انتظر به حال الوضع، ولا يخلو حاله إذا وضعته من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تضعه لأقل من ستة أشهر من وقت عقده فالطلاق به واقع لعلمنا بوجوده وقت العقد وقد انقضت العدة بانفصاله، وسواء كان قد وطئها ما بين عقد طلاقه ووضعه أم لا.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من وقت عقده، فلا طلاق عليه لعلمنا أنه كان معدوماً عند عقده، والولد لاحق به، سواء كان يطأ أم لا، لأنها فراش له.

والقسم الثالث: أن تضعه لأكثر من ستة أشهر ولأقل من أربع سنين، فلا يخلو حال الزوج من أن يكون قد وطىء في هذه المدة أو لم يطأ، فإن لم يطأ طلقت، لعلمنا بوجوده حكماً وقت العقد، وإن وطىء فلا يخلو أن تضعه قبل ستة أشهر من وطئه، أو بعدها، فإن وضعته قبل ستة أشهر من وطئه فهو حمل متقدم عند العقد، فالطلاق واقع بوضعه منقضية، وإن وضعته بعد ستة أشهر من وطئه فقد يجوز أن يكون متقدماً، ويجوز أن يكون حادثاً، والطلاق لا يقع بالشك فلا يلزمه الطلاق وجهاً واحداً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَتْ لَهُ طَلِّقْنِي فَقَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ طُلِّقَتْ امْرَأَتُهُ الَّتِي سَأَلَتْهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ عَزَلَهَا بِنِيَّتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا قالت له واحدة من نسائه طلقني إما لخصومة وتغاير بين الضرائر أو لغير ذلك فقال: نسائي طوالق. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يرسل هذا القول من غير نية في عزل واحدة منهن، فيطلقن جميعاً،

السائلة وغيرها، وقال مالك: لا تطلق السائلة وتطلق من سواها، استدلالاً بأنها توجهه بالخطاب، ولو أرادها لقابلها بالمواجهة فلما عدل إلى خطاب غائب خرجت من جملتهن. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان لو قال مبتدئاً: كل نسائي طوالق، طلقت هذه الحاضرة، وإن لم تكن سائلة في الطلاق لعمومها، لدخولها في عموم اللفظ دون سببه، فلذلك قلنا: إنهن يطلقن جميعاً فقد صار مالك في هذا الموضع تاركاً لمذهبه ومذهبنا. فأما استدلاله، بأن عدوله عن المواجهة يخرجها من الخطاب، فتفسد به إذا قال مبتدئاً، لأنها تدخل في الطلاق ولو لم يتناولها الخطاب لم تطلق.

فصل

والضرب الثاني: أن تكون له نية في عزل واحدة منهن فلا تطلق المعزولة منهن سواء كانت السائلة أو غيرها، ويطلق من سوها.

وقال أبو حنيفة: تطلق المعزولة منهن سواء في العموم كدخولها في التعيين وهذا فاسد، لأن اللفظ يصلح لجماعتهن من غير استثناء واحدة منهن كما يصح استثناء واحدة منهن، وإذا صلح لكلا الأمرين جاز أن يصرفه إلى أيهما شاء كالعموم، وفي هذا الوجه خالف التعيين، فإذا ثبت أن طلاق المعزولة لا يقع فالظاهر من كلام الشافعي أنه لا يقع ظاهراً ولا باطناً، فإن اتهمته المعزولة أحلفته وقال بعض أصحابنا: لا تطلق في الباطن، وفيما بينه وبين الله تعالى، ويطلق في ظاهر الحكم، لأن إطلاق القول يخالف تقييد النية، فدين فيه ولم يقبل في الحكم، والله أعلم بالصواب.

بَابَ مَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنَ الْكَلَامِ وَمَا لَا يَقَعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ وَالطَّلَاقِ مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابِ الرَّجْعَةِ وَمِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ وَمِنْ إِمْلَاءِ مَسَائِلِ مَالِكٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى الطَّلَاقَ فِي كِتَابِهِ بِثَلَاثَةِ أَسْمَاءَ الطَّلَاقِ وَالْفِرَاقِ وَالسَّرَاحِ».

قال الماوردي: أما الطلاق فلا يقع إلا بالكلام وما قام مقامه عند العجز عن الكلام. ولا يقع بمجرد النية من غير كلام، فلو نوى طلاق امرأته لم تطلق. وقال ابن سيرين ومالك في إحدى رواياته تطلق بمجرد النية حتى لو نوى طلاق امرأته طلقت، استدلالاً بقول النبي ﷺ: «وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى» قال: ولأنه لما وقعت الفرقة بنية الردة، جاز أن تقع

الطلاق ودليلنا ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِهِ بنية أَنْفُسهَا».

والنية من حديث النفس. فاقتضى أن تكون موضوعة عنه، ولأن الطلاق إزالة ملك والملك لا يزول بمجرد النية كالعتق والهبة، ولأن الطلاق أحد طرفي النكاح فلم يصح بمجرد النية كالعقد.

وأما قوله عليه السلام: «إِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» فالمراد به ثواب قربه إلى فعلها، فلم يدخل فيه نية الطلاق، لم يفعل. فأما الردة فلأن ثبوت الردة توقع الفرقة والردة فتكون بمجرد الاعتقاد كالإيمان وليس كالطلاق.

فصل

فإذا صح أن الطلاق لا يقع إلا بالقول. فالألفاظ فيه تنقسم ثلاثة أقسام: قسم يكون صريحاً فيه، والصريح ما وقعت به الفرقة من غير نية، وقسم يكون كناية فيه. والكناية ما وقعت به الفرقة مع النية ولم تقع به من غير نية، وقسم لا يكون صريحاً فيه ولا كناية: وهو ما لا يقع به الفرقة سواء كانت معه نية أو لم تكن.

فأما صريح الطلاق فهو على مذهب الشافعي ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح استدلالاً بأن كل لفظ تعارف الناس استعماله في الطلاق وغير الطلاق، لم يكن صريحاً في الطلاق، قياساً على قوله أنت عليَّ حرام، وقد تعارف الناس استعمال الفراق والسراح في غير الطلاق، فلم يكن صريحاً في الطلاق.

ودليلنا هو: أن كل لفظ ورد به القرآن قصد الفرقة بين الأزواج كان صريحاً فيها كالطلاق، وقد ورد القرآن بهذه الألفاظ الثلاثة. أما الطلاق فبقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وبقوله: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. وغير ذلك.

وأما السراح فبقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍۗ﴾ وقال ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]. وأما الفراق فبقوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۚ﴾ [الطلاق: ٢]. اعترضوا على هذه الدلالة، وهي دلالة الشافعي بخمسة أسئلة:

أحدها: أن قالوا: هذا منتقض بالفدية، قد ورد بها القرآن في الفرقة بقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وليس بصريح في الطلاق فعنه جوابان:

أحدهما: أن الفدية لفظ صريح في حكمه أنه فسخ أو طلاق على أحد القولين.

والثاني: أن مقصود الفدية استباحة مالها به، بعد أن كان محظوراً قبله بقوله:

﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠]. فنسخ بقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

والسؤال الثاني: أن قالوا: الكناية قد ورد بها القرآن في العتق بقوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]. والفك قد ورد به القرآن في العتق بقوله: ﴿وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا ٱلْعَقَبَةُ ﴿١٢﴾ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴿١٣﴾﴾ [البلد: ١٢، ١٣]. وليس الكناية والفك من صريح العتق وكذلك السراح والفراق جاز وإن ورد بهما القرآن أو لا يكون من صريح الطلاق، فعنه جوابان:

أحدهما: ليس يلزم إذا كان ما ورد به القرآن في الطلاق صريحاً، أن يكون ما ورد به القرآن في الطلاق صريحاً ولا يكون افتراقهما فيه مانعاً من أن يختص كل واحد منهما بحكمه.

والثاني: أن الكناية المراد بها العقد المكتوب بين السيد وعبده دون العتق وهي صريح فيه، وأما فك الرقبة، فلنزول ذلك سبب، وهو أن أبا الأشد ابن المحيي كان ذا قوة يُدِلّ بها فأنزل الله تعالى فيه: ﴿أَيَحْسَبُ أَن لَّن يَقْدِرَ عَلَيْهِ أَحَدٌ ﴿٥﴾﴾ إلى قوله: ﴿فَلَا ٱقْتَحَمَ ٱلْعَقَبَةَ ﴿١١﴾﴾ [البلد: ١١]. أي أنه وإن ذل بقوته فليس يقدر على اقتحام العقبة، إلا بفك رقبة، فخرج مخرج الخبر عن صفة مقتحمها، ولم يخرج مخرج الأمر فيصير بذلك معتقاً لها.

والسؤال الثالث: أن السراح لو كان صريحاً كالطلاق، لما سُئِلَ رَسُولُ اللَّهُ ﷺ عِنْدَ نُزُولِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ عَنِ الثَّالِثَةِ حَتَّى بَيَّنَ فَقَالَ: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ ولكان السائل يعلم أنه صريح فيستغني عن السؤال.

فالجواب عنه: أن صريح الطلاق وكنايته من الأحكام الشرعية التي تخفى عن أهل اللغة فسأله ليعلم صريح الشرع دون اللغة، وذلك مما لا يستغني عنه أحد.

والسؤال الرابع: أن الطلاق إنما كان صريحاً، لأن القرآن ورد به، ولكن لأنه لا يستعمل في غير الفرقة، لذلك صار صريحاً، والفراق والسراح قد يستعملان في غير الفرقة فكانا كناية.

قيل: قد يستعمل الطلاق في غير الفرقة، فيقال: فلان قد طلق الدنيا، إذا زهد فيها وطلقت فلاناً من وثاقه، وقد داعب الشافعي بعض إخوانه فقال:

اذهب حصين فإن ودك طالق ... مني وليس طلاق ذات البين

فما أنكر ذلك أحد من أهل اللغة، فلما لم يمنع من استعمال الطلاق في غيره أن يكون صريحاً فيه، كذلك الفراق والسراح.

والسؤال الخامس: أن الطلاق كان صريحاً لكثرة استعماله، والفراق والسراح يقل استعمالهما فكانا كناية، قيل: الصريح حكم شرعي فاقتضى أن يراعى فيه عرف الشرع لا عرف الاستعمال، وهما في عرف الشرع كالطلاق، وإن خالفاه في عرف الاستعمال. وقياس ثان: وهو أن إزالة الملك إذا سرى لم يقف صريحه على لفظ واحد كالعتق. وقياس ثالث: وهو أن الطلاق أحد طرفي النكاح، فوجب أن يزيد صريحه على لفظة واحدة كالعقد، وقياس رابع: وهو أن كل لفظ لا يفتقر في الطلاق عند الغضب والطلب إلى نية الطلاق كان صريحاً فيه كالطلاق، وقياس خامس: أنه أحد نوعي الطلاق فلم يقف على لفظة واحدة، كالكناية لأن الطلاق صريح وكناية.

فأما الجواب عن قياسهم فقد مضى في أجوبة الأسئلة ثم المعنى في الأصل أنه لم يرد به القرآن والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ قَدْ طَلَّقْتُكِ أَوْ فَارَقْتُكِ أَوْ سَرَّحْتُكِ لَزِمَهُ».

قال الماوردي: إذا ثبت ما دللنا عليه، أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ، الطلاق والفراق والسراح، فإذا قال لها: أنت طالق أو قد طلقتك، أو أنت مطلقة، أو يا مطلقة، كان كل هذا صريحاً في وقوع الطلاق.

وقال أبو حنيفة: إذا قال لها: أنت مطلقة، لم يكن صريحاً، لأنه إخبار، وإذا قال لها يا مطلقة لم يكن صريحاً، لأنه نداء، وهذا خطأ، لأن إخبارها وندائها إنما يكون بحكم قد استقر عليها، ولو لم يستقر لما صح أن يكون نداء ولا خبراً، ولأن قوله أنت طالق إخبار، وهو صريح، فكذلك قوله: «أنت مطلقة»، فإذا صح أن يكون النداء صريحاً وهكذا لو قال لها: أنت مفارقة أو قد فارقتك، أو يا مفارقة، كان صريحاً في وقوع الطلاق عليها، وهكذا لو قال: أنت مسرحة أو قد سرحتك، أو يا مسرحة، كان كل هذا صريحاً في وقوع الطلاق عليها.

فصل

لو قال لها: أنت طالق يا مطلقة صار هذا النداء بعد تقديم الطلاق محتملاً فيرجع فيه إلى إرادته، لزيادة طلاق، أو لنداء من وقع عليها الطلاق، وكذلك نظائر هذا.

فصل

وإذا قال لها: أنت الطلاق ففيه وجهان:

أحدهما: أنه صريح يقع بغير نية اعتباراً باللفظ.

والوجه الثاني: يكون كناية، لأنها تكون مطلقة، ولا يكون طلاقاً.

فصل

وإذا قال لها رجل: طلقت امرأتك هذه فقال: نعم، فقد اختلف أصحابنا هل يكون صريحاً في وقوع الطلاق أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الأظهر: أنه يكون صريحاً لا يرجع فيه إلى إرادته كما يكون الإقرار عند سؤال الحاكم صريحاً.

والوجه الثاني: أن يكون كناية يرجع فيه إلى إرادته، لأن ظاهره إخبار عن سؤال.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَمْ يَنْوِ فِي الْحُكْمِ وَيَنْوِي فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُ طَلَاقاً مِنْ وَثَاقٍ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ يُرِيدُ حُرَّ النَّفْسِ وَلَا يَسَعُ امْرَأَتَهُ وَعَبْدَهُ أَنْ يَقْبَلَا مِنْهُ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال من تلفظ بصريح الطلاق من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقصد اللفظ وينوي الفرقة، فيقع به الطلاق إجماعاً، إذا كان المتلفظ من أهل الطلاق.

والقسم الثاني: أن يقصد اللفظ ولا ينوي الفرقة، فيقع به الطلاق، لأن الصريح لا يفتقر إلى نية وهو قول جمهور الفقهاء، وقال داود: لا يقع به الطلاق إلا مع النية استدلالاً بقول النبي ﷺ: «وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» وهذا خطأ. لقول النبيّ ﷺ: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ. النِّكَاحُ والطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ».

ولأن الفرقة تقع بالفسخ تارة وبالطلاق أخرى. فلما لم يفتقر الفسخ إلى النية، لم يفتقر الطلاق إليها، ولأنه لما لم يفتقر صريح العتق إلى النية، لم يفتقر صريح الطلاق إلى النية ولأنه قد افترق في الطلاق حكم الصريح والكناية، فلو افتقر الصريح إلى النية، لصار جميعه كناية، وإذا كان كذلك فقد وقع الطلاق مع عدم النية ظاهراً وباطناً.

والقسم الثالث: أن يبعد اللفظ ويريد به طلاقاً من وثاق، أو فراقاً إلى سفر، أو تسريحاً إلى أهل، فيلزمه الطلاق في ظاهر الحكم، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى في الباطن. وقال أبو حنيفة: يلزمه الطلاق في الظاهر والباطن، ولا يدين كما لا يدين إذا تلفظ بالطلاق، ويريد به غير الطلاق.

ودليلنا: قول النبيّ ﷺ: «لَا تُحَاسِبُوا الْعَبْدَ حِسَابَ الرَّبِّ»[١] أي لا تحاسبوه إلا على الظاهر دون الباطن، وإن كان الله تعالى يحاسب على الظاهر والباطن. وقال النبيّ ﷺ: «إِنَّمَا أَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ وَيَتَوَلَّى اللَّهُ السَّرَائِرَ»[٢]، ولأن اللفظ يحتمل ما نوى، لأنه لو صرح به لكان محمولاً عليه فاقتضى إذا نواه أن يكون مديناً فيه، لأنه أحد احتماليه وليس كذلك إذا وقع الطلاق مريداً به غير الطلاق، لأنه يسلب اللفظ حكمه الذي لا يحتمل غيره.

والقسم الرابع: أن لا يقصد اللفظ ولا يريد به الفرقة وإنما يسبق لسانه غلطاً أو دهشاً أو كان أعجمياً [لا يعرف لفظ الطلاق ولا حكمه] فالطلاق لازم له في ظاهر الحكم وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى، فلا يلزمه في الباطن.

فصل

وأما زوجة المدين في طلاقه، إذا ألزم الطلاق في الظاهر دون الباطن، فلا يخلو حالها من ثلاثة أقسام: إما أن تعلم صدقه فيما دين فيه فيسعها فيما بينها وبين الله تعالى أن تقيم معه وتمكنه من نفسها، ولا يكره لها، ويجب على الزوج نفقتها، ويحرم عليها النشوز عنه، فإن نشزت لم يجبرها الحاكم، وإن أثمت لوقوع طلاقه في الظاهر، واختلف أصحابنا في الحاكم إذا رآهما على الاجتماع، هل يلزمه التفرقة بينهما أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه بحكم الظاهر الفرقة.

والوجه الثاني: لا يلزمه لأن ما هما عليه من الاجتماع، يجوز إباحته في الشرع، فلو فرق الحاكم بينهما ففي تحريمها عليه في الباطن وجهان من اختلاف الوجهين في وجوب حكمه بالفرقة.

والقسم الثاني: أن تعلم الزوجة كذبه فيما دين فيه، فعليها الهرب منه، ولا يسعها في حكم الظاهر والباطن أن تمكنه من نفسها، وإن جوزنا للزوج أن يستمتع بها، وإن سألت الحاكم أن يحكم بينهما بالفرقة لزمه الحكم بها، ويجوز لها بعد انقضاء العدة أن تتزوج بغيره ويجوز لمن خطبته أن يتزوجها إن لم يصدق الزوج فيما دين فيه، فإن علم صدقة لم يجز أن يتزوجها إن لم يحكم الحاكم بينهما بالفرقة.

وفي جواز تزويجه بها بعد الحكم بالفرقة وجهان.

---

(١) لم أجده.

(٢) ذكره العجلوني في كشف الخفاء (١/ ٢٢١).

والقسم الثالث: أن لا تعلم الزوجة صدقة فيما دين فيه ولا كذبه فيكره لها تمكينه من نفسها لجواز كذبه، وفي تحريمه فيما بينها وبين الله تعالى وجهان:

أحدهما: لا تحرم عليها في الباطن تغليباً لبقاء النكاح، فعلى هذا تكون في حكم القسم الأول.

والقسم الثاني: يحرم عليها في الباطن تغليباً لوقوع الطلاق في الظاهر، فعلى هذا يكون في حكم القسم الثاني. فلو ادعى عليه تصديقه فيما دين فيه وأنكرته، ففي وجوب إحلافها عليه وجهان بناء على ما مضى والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَسَوَاءٌ كانَ ذَلِكَ عِنْدَ غَضَبٍ أَوْ مَسْأَلَةِ طَلَاقٍ أَوْ رِضاً وَقَدْ يَكُونُ السَّبَبُ وَيَحْدُثُ كَلَامٌ عَلَى غَيْرِ السَّبَبِ».

قال الماوردي: أما صريح الطلاق، فيستوي حكمه في الغضب والرضى، وعند مسألة الطلاق، وفي الابتداء وهذا متفق عليه. وأما كنايات الطلاق فحكمها عندنا في الغضب والرضى سواء.

وعند مسألة الطلاق وفي الابتداء أنه لا يقع إلا بنيته وإرادته.

وقال أبو حنيفة ومالك: إن لم يقترن بالكنايات سبب، من غضب أو طلب علم يقع بها الطلاق إلا مع النية، وإن قارنها سبب من طلب أو غضب فعند مالك يقع الطلاق بجميعها من غير نية، وعند أبي حنيفة: يقع الطلاق بستة ألفاظ منها بغير نية، وهي قوله: أنت خلية أو برية أو بتة، أو بائن أو حرام أو أمرك بيدك، ولا يقع بغيرها من الكنايات إلا مع النية، على ما سنذكره في موضعه، استدلالاً بأن دلالة الحال تصرف الكلام عن حقيقته وموضوعه إلى غيره، وتخصه دون حكم، استشهاداً بأن الخلع لو اقترن به العوض كان صحيحاً، ولو تجرد عن العوض كان كناية، فاختلف حكمه بالقرينة، كذلك سائر الكنايات، ولأنه لما كان جزاء الشرط مقصوراً عليه، وجب أن يكون الحكم عن سبب محمولاً عليه.

قال: ولأنه لفظ من ألفاظ الطلاق، ورد على طلب الطلاق، فوجب أن يكون طلاقاً كالفراق والسراح.

ودليلنا ما روي: «أَنَّ رُكَانَةَ بْنَ عَبْدِ يزيد طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ أَلْبَتَّةَ، وَجَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَالَ لَهُ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي أَلْبَتَّةَ، فَقَالَ لَهُ: مَا أَرَدْتَ بِهَا، فَقَالَ وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلاَّ وَاحِدَةً، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: أللَّه إِنَّكَ مَا أَرَدْتَ إِلاَّ وَاحِدَةً؟ فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلاَّ وَاحِدَةً».

فرجع فيه إلى إرادته، ولو اختلف حكمه بالسبب، أو عند الغضب والطلب، لسأله عنه

ولبينه له. ولأن الأحكام لا تختلف بالغضب والرضى كسائر الأحكام، ولأن الكناية أحد نوعي الطلاق فلم تختلف بالرضى والغضب كالصريح، ولأنها كناية لم تقترن بنية الطلاق، فلم يكن طلاقاً كالرضى وعدم الطلب.

فأما الاستدلال: بأن دلالة الحال، تصرف الكلام عن حقيقته وموضوعه، فقد قال الشافعي: إن الأسباب متقدمة والأيمان بعدها محدثة، وقد يخرج على مثالها وعلى خلافها، فأخذته لمخرج يمينه، فإذا كان لفظه عاماً، لم اعتبر بخصوص السبب. وإذا كان لفظه خاصاً لم اعتبر بعموم السبب ويرجع عن نية الطلاق في حال الغضب وفي استشهاده كلام مضى، في موضعه يمنع به من صحة الاستشهاد.

وأما قياسهم على الفراق والسرح فلأنهما صريحان في الرضى والغضب كـ«الطلاق».

وأما الشرط والجزاء مخالف للحكم والسبب لأمرين:

أحدهما: اتصال الشرط وانفصال السبب.

والثاني: أن الشرط منطوق به فلم يدخله احتمال، والسبب غير منطوق به، فدخله الاحتمال والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِن قَالَ قَدْ فَارَقْتُك سَائِراً إِلَى المَسْجِدِ أَوْ سَرَّحْتُكِ إِلَى أَهْلِك أَوْ قَدْ طَلَّقْتُكِ مِنْ وَثَاقِكِ أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً فَإِنْ قِيلَ قَدْ يَكُونُ هَذَا طَلَاقاً تَقَدَّمَ فَأَتْبَعَهُ كَلَاماً يَخْرُجُ بِهِ مِنْهُ قِيلَ قَدْ يَقُولُ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَيَكُونُ مُؤْمِناً يُبَيِّنُ آخِرَ الْكَلَامِ عَنْ أَوَّلِهِ وَلَوْ أَفْرَدَ «لَا إِلَهَ» كَانَ كَفِراً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قيد بصريح الطلاق بما يغلب حكم الصريح، مثل أن يقول: قد طلقتك من وثاقك وفارقتك إلى المسجد، وسرحتك إلى أهلك، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقول ذلك فاصلاً بين قوله: طلقتك، وبين قوله من وثاقك، فقد استقر حكم الطلاق في الوقوع بإمساكه على قوله قد طلقتك ولا يؤثر فيه، ما استأنفه بعد الإمساك من قوله من وثاقك ولظهر أول الكلام مربوطاً بآخره كما لا يؤثر الاستثناء بمشيئة الله ويبين العدد بعد انقطاع الكلام.

والضرب الثاني: أن يقول ذلك متصلاً، لا يفصل بين قوله: طلقتك وبين قوله: من وثاقك فيصير أول الكلام مربوطاً بآخره، فيخرج أوله من الصريح، بما اتصل فيه وفي آخره. كما لو اتصل بالكلام استثناء، صار حكم أوله محمولاً على الاستثناء بآخره. فإن قيل: فقد

قدح صريح الطلاق بقوله: قد طلقتك، وقد يجوز أن يتعقبه ندم، فيصله بقوله من وثاقك، قيل: لا معنى لهذا التوهم لأن الكلام المتصل يتعلق الحكم بجميعه لا ببعضه، ألا ترى لو قال: لا إله إلا الله، كان موحداً بالإيمان، وإن كان أوله نفياً وآخره إثباتاً، وليس لقائل أن يقول: قد كفر بقوله لا إله ثم خاف فاستدرك بقوله لا إله، فينبغي أن يحكم بكفره، ولا يحكم بإيمانه، وإذا كان كذلك، صار اللفظ الصريح بما اتصل به من القرينة، كناية يقع به الطلاق إن نواه، ولا يقع به إن لم ينوه.

فصل

وإذا قال الرجل لامرأته: أنا طالق منك، كان كناية يقع به الطلاق إن نواه، ولا يقع إن لم ينوه، وكذلك لو جعل إليها طلاق نفسها، فقالت: أنت طالق مني كان كناية، يقع بها الطلاق، إن نوته، ولا يقع إن لم تنوه، وقال أبو حنيفة: لا يقع بهما الطلاق إلا إذا قال الزوج: أنا طالق منك، ولا إذا قالت الزوجة: أنت طالق مني، ولو قال الزوج: أنا بائن منك، أو أنا حرام عليك، قال أبو حنيفة: يقع به الطلاق إن نواه، واستدل أبو حنيفة على ما خالفنا فيه بأن رجلاً جعل أمر امرأته بيدها، فطلقت زوجها، فسأل عبد الله بن عباس عن ذلك، فقال: خطأ الله نوءها، هلا طلقت نفسها، إنما الطلاق لك عليها، وليس لها عليك: ولأنه لما اختص اسم الطلاق بالزوجة دون الزوج، فقيل لها: إنها طالق، ولم يقل للزوج: إنه طالق، وجب أن يختص حكم الطلاق بالزوجة دون الزوج، فتقع الفرقة بالطلاق عليها ولا تقع بالطلاق عليه، لأن ثبوت الحكم يقتضي ثبوت الاسم، وانتفاء الاسم يقتضي انتفاء الحكم كما أن انتفاء اسم الزوجية يوجب انتفاء حكمها وثبوت اسمها يوجب ثبوت حكمها، قال: ولأن الزوج لو كان محلاً لوقوع الطلاق عليه، لكان صريح الطلاق فيه صريحاً، ولكان حكمه به متعلقاً فلما انتفى عنه صريح الطلاق، ولم تجب عليه العدة من الطلاق، دل على أنه ليس بمحل للطلاق كالأجنبي، ولأن قوله لزوجته: أنا طالق منك، كقوله لعبده: أنا حر منك، فلما لم يكن هذا عتقاً، لم يكن هذا طلاقاً، قال: ولأن الطلاق هو الإطلاق من الحبس، والزوجة محبوسة عن الأزواج. فجاز أن يقع عليها الطلاق والزوج غير محبوس بها عن الزوجات، لم يجز أن يقع عليه الطلاق.

ودليلنا ما روي عن عبد الله بن مسعود، سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن وقوع الطلاق على الزوج فقال عمر: كَيْفَ تَرَى أَنْتَ، فَقَالَ: أَرَى أَنَّهَا وَاحِدَةٌ، وَزَوْجُهَا أَحَقُّ بِهَا، فَقَالَ عُمَرُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ نِعْمَ مَا رَأَيْتَ، فدل ذلك على إجماعهما على أن وقوع الطلاق على الزوج كناية فيه، ولأنه أحد الزوجين، فجاز أن تقع الفرقة، بوقوع الطلاق عليه

كالزوجة، ولأن ما صلح أن تقع به الفرقة إذا وقع على الزوجة، جاز أن تقع به الفرقة إذا وقع على الزوج. كالتحريم والبينونة، ولأن من صح إضافة كناية الطلاق إليه صح إضافة صريحة إليه، كالزوجة طرداً وكالأجنبية عكساً.

والاستدلال من هذا الأصل هو: أن صريح الطلاق أقوى من كنايته، فلما وقعت الفرقة بكناية الطلاق في الزوج كان وقوعها بصريحه به أولى.

فأما استدلاله بحديث ابن عباس، فقد خالف عمر وابن مسعود، وقول الاثنين أقوى من قول الواحد. وأما استدلاله بانتفاء الاسم عن الزوج أوجب انتفاء حكمه فباطل بقوله: أنا بائن منك، وحرام عليك، على أن حكم الطلاق متعلق بكل واحد من الزوجين وإن اختص أحدهما بالاسم.

وأما استدلاله بأنه لما لم يكن صريح الطلاق فيه صريحاً ولا وجب عليه العدة لم يكن محالاً له. فالجواب عنه أنه لما لم يكن في حقيقته صريحاً، لأن الصريح ما اقترن به عرف الاستعمال عندهم وعرف القرآن عندنا ولم يتناول جهة الزوج عرف الاستعمال وعرف القرآن، فكان صريحاً، وقد تناوله في جهة الزوجة عرف الاستعمال وعرف القرآن فكان صريحاً.

وأما العدة فهي الامتناع من الأزواج والزوجة ممنوعة من ذلك، في حال الزوجية فمنعت منه بعد الزوجية والزوج غير ممنوع منه في حال الزوجية، فلم يكن ممنوعاً منه بعد الزوجية.

وأما الاستدلال بقوله لعبده: أنا حر منك، فقد اختلف أصحابنا هل يكون كناية عن عتقه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يكون كناية في عتقه، يعتق به إذا نواه، فعلى هذا يسقط الاستدلال به.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يكون كناية، ولا يعتق به، فعلى هذا الفرق بينهما، أن العتق إنما هو إزالة الرق، والرق يختص بالعبد دون السيد فلم يصح العتق إلا أن يتوجه اللفظ إلى العبد دون السيد، وليس كذلك الطلاق، لأنه رفع الزوجية التي قد اشترك فيها الزوجان، فجاز أن تقع الفرقة بوقوعها على الزوجين.

وأما استدلاله بأن الطلاق هو إطلاق من الحبس، وهذا مختص بالزوجة دون الزوج ففيه جوابان:

أحدهما: أن الطلاق هو الإطلاق من عقد النكاح والعقد متعلق بهما فجاز أن يكون الطلاق واقعاً عليها.

والثاني: أنه وإن كان إطلاقاً من حبس، فهو محبوس بها عن نكاح أختها، وخالتها وعمتها وعن نكاح أربع سواها، كما كانت محبوسة عن غيره فجاز أن يقع الطلاق عليه، لينطلق من حبس هذا التحريم كما وقع عليها، فانطلقت من حبس التحريم والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَائِنٌ أَوْ بَرِيئَةٌ أَوْ بَتَّةٌ أَوْ حَرَامٌ أَوْ مَا أَشْبَهَهُ فَإِنْ قَالَ قُلْتُهُ وَلَمْ أَنْوِ طَلَاقاً وَأَنْوِي بِهِ السَّاعَةَ طَلَاقاً لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً حَتَّى يَبْتَدِئَهُ وَنِيَّتُهُ الطَّلَاقُ وَمَا أَرَادَ مِنْ عَدَدٍ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الألفاظ التي يخاطب بها الرجل زوجته في الطلاق تنقسم إلى ثلاثة أقسام صريح وكناية وما ليس بصريح ولا كناية، فأما الصريح فقد ذكرنا أنه ثلاثة ألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح، ومعنى الصريح أنه لا يفتقر في وقوعه إلى نية، وأما الكناية فهو الذي لا يقع الطلاق به إلا مع النية، وهو كل لفظ دل على المباعدة.

وقال الشافعي في كتاب «الرجعة»: كل ما يشبه الطلاق فهو كناية، والكنايات ضربان: ظاهرة وباطنة، فالظاهرة ستة ألفاظ، بتة وخلية وبرية وباين وبتلة وحرام. والباطنة اعتدي واذهبي والحقي بأهلك، وحبلك على غاربك ولا حاجة لي فيك وانكحي من شئت واستبرئي وتقنعي وقومي واخرجي وتجرعي، وذوقي وكلي واشربي واختاري وما أشبه ذلك على ما سنشرحه، وكلا الأمرين الضربين عندنا سواء، وحكم الظاهرة والباطنة عندنا واحد. فإن اقترن بالنية وقع به الطلاق وإن تجرد عنها لم يقع.

وقال مالك: الكنايات الظاهرة يقع بها الطلاق الثلاث من غير نية، فإن نوى بها واحدة كانت في غير المدخول بها ما نوى، وفي المدخول بها ثلاثاً.

وقال أبو حنيفة: جميع الكنايات الظاهرة والباطنة يقع بها الطلاق، إذا قارنها أحد ثلاثة أشياء: النية أو الغضب أو طلب الطلاق، ولكن ما كان ظاهراً وقع بائناً، وما كان منها باطناً وقع رجعياً، إلا أن يريد بهما ثلاثاً فتكون ثلاثاً، ولو أراد اثنتين لم تكن إلا واحدة، ولو أراد بصريح الطلاق ثلاثاً أو اثنتين، لم تكن إلا واحدة، وله في كل لفظة مذهب يطول شرحه، لكن تقريب جملته ما ذكرناه فصار الخلاف معه في أربعة فصول:

أحدهما: أن الغضب والطلب هل يقومان في الكناية مقام النية أم لا؟.

والثاني: أن وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة هل يكون بائناً أم لا؟.

والثالث: إذا أراد بالكنايات اثنتين هل تكون اثنتين أم لا؟.

والرابع: أنه أراد بصريح الطلاق الثلاث هل تكون ثلاثاً أم لا؟.

فأما الفصل الأول: في الطلب والغضب فقد مضى الكلام فيهما، وذكرنا أنه لا تأثير لهما في صريح ولا كناية.

فصل

وأما الفصل الثاني: وهو أن وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة، هل يكون رجعياً إذا لم يرد به ثلاثاً، فعندنا يكون رجعياً إن أراد به واحدة أو اثنتين، أو لم تكن له نية في عدده.

وقال أبو حنيفة: يكون بائناً، لا يملك فيه الرجعة استدلالاً بأن قوله: أنت بائن لفظ يقتضي البينونة فوجب أن يقع الطلاق به بائناً كالثلاث، ولأنه لا يخلو أن يعمل هذا اللفظ في وقوع الطلاق، فيجب أن يقع على مقتضاه، وإن لم يعمل تجردت النية عن لفظ عامل، فيجب أن لا يقع به طلاق.

ودليلنا حديث رُكَانَةَ بْنَ عبد يَزِيد حِيْنَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ أَلْبَتَّةَ، فَسَأَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ عَمَّا أَرَادَ بِأَلْبَتَّةَ فَقَالَ: وَاحِدَة، فَأَحْلَفَهُ عَلَيْهَا، وَرَدَّهَا عَلَيْهِ، فدل على أنها لا تكون ثلاثاً. فخالف قول مالك وتكون رجعية بخلاف قول أبي حنيفة، وروي أن المطلب بن حنطب طلق امرأته ألبتة، فقال له عمر أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ، فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ لَا تَبُتُّ، وهذا دليل عليهما، وروي أنه قال: فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ تَبُتُّ، يعني بانقضاء العدة إن لم يمسك.

وروي أن التؤمة طلق امرأته ألبتة فقال عمر: ما أردت قال: واحدة فاستحلفه، فقال: أتراني أقيم على فرج حرام، فأحلفه وأقره على نكاحه، وليس يعرف لعمر في هذا مخالف، فكان إجماعاً على مالك وأبي حنيفة، لأن وقوع الطلاق إذا تجرد عن عدد وعوض، كان رجعياً في المدخول به، قياساً على قوله: أنت طالق، أو اعتدي أو استبرئي رحمك، أو أنت واحدة، فإن أبا حنيفة وافق على هذه الأربع أنه يملك بها الرجعة، ولأنها معتدة يلحقها الطلاق فوجب أن يملك رجعتها كالمطلقة بالصريح، وبما ذكرنا من الكناية، ولأن ما لا يتعلق بصريح الطلاق لم يتعلق بكنايته، لتحريم الثلاث، ولأن ما لم يمنع صريحه من الرجعة لم تمنع كنايته من الرجعة لقوله: أنت واحدة، هو كناية أنت طالق.

ولأن صريح الطلاق من كنايته فلما لم يرفع الصريح الرجعة، فأولى أن لا ترفعها الكناية، ولأنه لو نوى بالطلاق صريح أنه بائن لم يرفع الرجعة، فإذا تجرد لفظ البائن عن الصريح، فأولى أن لا يرفع الرجعة، فأما استدلاله بأنه لفظ يقتضي البينونة، فمنتقض بقوله:

أنت طالق ولا رجعة لي عليك، تكون طالقاً وله الرجعة، فلم يرتفع بهذا اللفظ، وإن كان مقتضياً للبينونة ثم المعنى في الأصل الذي هو الثلاث، استيفاء العدد، وأما استدلاله بأنه إذا وقع به الطلاق وقع مقتضاه، فمنتقض بلفظ الطلاق، لأنه يقتضي طلاقاً من جنسه، وقد يكون رجعياً لا يخرج به من جنسه.

فصل:

وأما الفصل الثالث: وهو إذا نوى بالكنايات اثنتين وقع اثنتان عندنا.

وقال أبو حنيفة: لا تقع إلا واحدة، استدلالاً بأن قوله: أنت بائن يتضمن البيونة وهي نوعان: صغرى وهي التي تثبت الرجعة وتحل قبل زوج، وكبرى وهي التي تقطع عصمة الرجعة ولا تحل إلا بعد زوج، فإذا أراد الكبرى وكانت الثلاث نبعاً وإن لم يرد الكبرى وقعت الصغرى، لأنها لا تنفك عنها وهي واحدة، فأما الثنتان فخارج منهما، ولأن لفظ البينونة لا يتضمن عدداً، لأن البائن مثل الحائض والطاهر، ولا يحسن أن تقول: أنت بائثنان كما لا يحسن أن تقول: أنت حائضتان وطاهرتان، فإذا لم يتضمن العدد لم يجز أن يعلق عليه العدد.

ودليلنا هو: أن كل عدد ملك إيقاعه بالصريح، ملك إيقاعه بالكناية كالثلاث، ولأن وقوع الثلاث أغلظ من وقوع الثنتين، لأن الثالثة لا تقع إلا بعد الثانية، فإذا وقعت الثنتان مع الثالثة فأولى أن تقع الثنتان دون الثالثة، فأما استدلاله بأن البينونة بالصريح لا تكون بواحدة فهو أنه ليس وقوعها بالواحدة، وأن يصح ضم ثانية إليها، كالمختلفة، وإن كانت تبين بالواحدة يجوز أن يخالفها على اثنتين.

وأما استدلاله بأن لفظ البائن لا يتضمن عدداً، لأنه لا يحسن أن يقال أنت بائنتان ففاسد بالثلاث، لأنه لم لم يتضمن العدد لم تقع الثلاث، وإذا جاز أن تقع ثلاثاً، جاز أن تقع ثنتين ولا يمتنع أن يقال: أنت بائن ثنتين، كما لا يمتنع أن يقال: أنت بائن ثلاث.

فصل

وأما الفصل الرابع: وهو إذا نوى بصريح الطلاق ثلاثاً، فقال: أنت طالق، ونوى الثلاث كانت ثلاثاً، ولو نوى اثنتين كانت اثنتين، فيحمل صريح الطلاق على ما نوى من عدده، وقال أبو حنيفة: لا يقع بصريح الطلاق إلا واحدة، ولو قال: أنت طالق ينوي طلقتين أو ثلاثاً لم تقع إلا واحدة، إلا أن يتلفظ بالعدد نطقاً، أو يقول أنت طالق ناوياً الثلاث فتطلق ثلاثاً وفرق بين قوله: أنت طالق ينوي ثلاثاً فيطلق واحدة، وبين قوله: أنت

الطلاق وينوي الثلاث، فيطلق ثلاثاً، بأن الطلاق مصدر يحتمل العدد، قال الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾.

وقوله: أنت طالق إخبار عن صفة، لا تحتمل العدد كما لا تحتمل دخول العدد في قولهم أنت قائم وقاعد وراكع وساجد وجعل هذا الفرق بينهما دليلاً.

قال: ولأن الطلاق صريح في الواحد فلم يجز أن يجعل كناية في الثلاث، لأنه يؤخر إلى أن يكون اللفظ الواحد في الجنس الواحد صريحاً وكناية في حال واحدة وهذا فاسد ودليلنا أن قوله: أنت طالق، عند أهل العربية اسم فاعل، لأنهم يقولون طلقت فهي طالق كما قالوا حاضت فهي حائض، وضربت فهي ضارب، واسم الفاعل يحتمل العدد، لأنه يجب أن يفسر بأعداد المصادر، فيقال: أنت طالق طلقتين، وأنت طالق ثلاث تطليقات ومائة طلقة وضارب مائة ضربة، ولو كان الاسم لا يتضمن أعداد مصادره، فأحسن أن يعتبر به كما لا يحسن أن يقال: أنت ضارب طلقة، وقائم قعدة. ولذا تضمن العدد بدليل ما ذكرنا، جاز أن يقع به الثلاث، كما يقع بقوله: أنت الطلاق.

وتحريره قياساً: أن كل لفظ جاز أن يكون العدد فيه مظهراً، جاز أن يكون العدد فيه مضمراً، كالمصدر إذا قال: أنت الطلاق.

ودليل ثان: وهو أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً وقعت الثلاث، بقوله أنت طالق وكان قوله ثلاثاً تفسير للعدد المضمر فيه، ألا تراه لو قال لغير مدخول بها، أنت طالق ثلاثاً طلقت ثلاثاً ولو كانت الثلاث لا تقع إلا باللفظ الأول، لما وقع عليها إلا واحدة، لأن غير المدخول بها لا تطلق بلفظ بعد لفظ، لأنه لو قال: أنت طالق وطالق وقعت الأولى ولم تقع الثانية، وإذا جاز أن يكون العدد فيه مضمراً فيه، إذا أظهره، جاز أن يكون مضمراً فيه إذا نواه.

وتحريره قياساً: أن كل عدد جاز أن يتضمنه مصدر الطلاق، جاز أن يتضمنه اسم الطلاق كالمظهر.

ودليل ثالث: وهو أنه لو قال: أنت طالق، وأشار بأصابعه الثلاث، طلقت ثلاثاً ونية الثلاث أقوى من إشارته بالثلاث، لأن الكناية تعمل فيها النية، ولا تعمل فيها الإشارة فلما وقعت الثلاث بالإشارة، فأولى أن تقع بالنية، وأما استدلاله بأن قوله: أنت طالق إخبار عن صفة، لا تتضمن عدداً فهو خطأ، لما ذكرنا أنه اسم يحتمل العدد بما بيناه من جواز قوله: أنت طالق ثلاثاً، وقوله: أنت حائض وطاهر وقائم وقاعد، فهو مما لا يجوز أن يجتمع منه عدد في حال واحدة، فلم يتضمن العدد، وليس كذلك الطلاق؛ لأنه لا يصح أن يجتمع منه

العدد في حالة واحدة، فجاز أن يتضمن العدد، كما يجوز أن يقول: أنت عالم عِلْمَينِ، وجائر جورين فيجوز أن يتضمنه العدد.

وأما استدلاله بأنه صريح في الواحدة، فلم يجز أن يكون كناية في الثلاث، فغير مسلم، لأنه إذا نوى الثلاث، كان صريحاً فيها، ولم يكن صريحاً في واحدة، كناية في اثنتين فلم يسلم لهم الاستدلال.

فصل

وإذا تمهد حكم الكناية وأن الطلاق لا يقع بها إلا مع النية، فإن تجردت عن النية لم يقع بها طلاق، لأن قوله: أنت خلية يحتمل خلية من خير، وخلية من شر وخلية من زوج فلم يحمل على إحدى احتمالاته بغير نية، وكذلك قوله: أنت بائن يحتمل من الخير والشر والزوج وكذلك سائر الكنايات، يتقابل فيها الاحتمال، فلم يقع بها طلاق من غير نية، فإما إذا وجدت الكناية ونية الطلاق، فلا يخلو حال النية من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون النية متقدمة على جميع اللفظ، فلا يقع الطلاق، ولأن النية تجردت عن لفظ فلم يقع بها طلاق، واللفظ تجرد عن نية، فلم يقع به طلاق.

والقسم الثاني: أن تكون النية متأخرة عن جميع اللفظ، فلا يقع الطلاق أيضاً، لما ذكرنا أن اللفظ لما تجرد عن النية لم يقع به طلاق، والنية لما تجردت عن اللفظ لم يقع بها طلاق.

مثال هذين: نية الصلاة، إن تقدمت على الإحرام لم تصح، وإن تأخرت عنه لم تصح.

والقسم الثالث: أن تكون النية مقارنة لجميع اللفظ، فتوجد من أول اللفظ إلى آخره فالطلاق واقع، والنية معاً، ولا يكون وقوعه بأحدهما، وإن كان اللفظ هو المغلب لظهوره.

والقسم الرابع: أن توجد النية في بعض اللفظ وتعدم في بعضه، إما أن توجد في أوله وتعدم في آخره، أو توجد في آخره، وتعدم في أوله، مثل أن يقول لها: أنت بائن، فينوي عند قوله: أنت با، بترك النية عند قوله ئن، أو يترك النية عند قوله: أنت با وينوي عند قوله ئن، ففي وقوع الطلاق به وجهان لأصحابنا:

أحدهما: لا يقع اللفظ إذا اعتبرت فيه النية، كان وجودها عند بعضها، كعدمها في جميعه كالنية في تكبيرة الإحرام.

والوجه الثاني: أن الطلاق واقع، لأن استصحاب النية في جميع ما يعتبره فيه النية ليس بلازم كالصلاة لا يلزم استصحاب النية في جميعها.

والأصح عندي، أن ينظر في النية فإن وجدت في أول اللفظ، وقع به الطلاق، وإن عدمت في آخره كالصلاة، إذا وجدت النية في أولها، جاز أن تعدم في آخرها، وإن وجدت النية في آخر اللفظ وعدمت في أوله، لم يقع له الطلاق، كالنية في آخر الصلاة، ولأن النية إذا انعقدت مع أول اللفظ، كان باقيه راجعاً إليها، وإذا خلت من أوله صار لغواً وكان ما بقي منه مع النية ناقصاً، فخرج من كنايات الطلاق، وهذا التفصيل أشبه بنص الشافعي، لأنه قال: لم يكن طلاقاً حتى يبتدأ ونيته الطلاق، فاعتبرها في ابتداء اللفظ والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ: «(قَالَ) وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ حُرَّةٌ يُرِيدُ بِهَا الطَّلَاقَ وَلأَمَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ يُرِيدُ الْعِتْقَ لَزِمَهُ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، أما صريح العتق فهو كناية في الطلاق إجماعاً فإذا قال الرجل لامرأته: أنت حرة أو أنت معتقة، يريد طلاقها، طلقت، لأن عتق الأمة إطلاق من حبس الرق، كما أن طلاق الزوجة إطلاق من حبس النكاح، فتقارب معناهما، وأما صريح الطلاق فهو كناية عندنا في العتق، فإذا قال لأمته أنت طالق، أو مسرحة أو مفارقة، يريد عتقها عتقت، وقال أبو حنيفة: لا تعتق ولا يكون صريح الطلاق كناية في العتق، وإن كان صريح العتق كناية في الطلاق، استدلالاً بأن الطلاق يوجب التحريم، وتحريم الأمة لا يوجب عتقها، لأنه يملك من تحرم عليه بنسب أو رضاع، ولا تعتق عليه، ولا يشبه قوله لزوجته، أنت حرة فتطلق، لأن عتق الأمة تحريم، وتحريم الزوجة موجب لزوال الملك عنها، فجاز أن يكون طلاقاً لها، قال: ولأن كل لفظ كان صريحاً في تحريم الحرائر لم يكن كناية في عتق الإماء كالظهار، ولأن لفظ الطلاق أضعف حكماً من لفظ الحرية، لأنه مختص بإزالة الملك عن الاستمتاع، والحرية تزيل الملك عن الرق والاستمتاع، فجاز أن تكون الحرية كناية في الطلاق لقوتها، ولم يجز أن يكون الطلاق كناية في العتق لضعفه، كالبيع لما كان أقوى من الإجارة، جاز أن تنعقد الإجارة بلفظ البيع، ولم يجز أن ينعقد البيع بلفظ الإجارة.

ودليلنا قول النبيّ ﷺ: «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» فكان على عمومه، ولأن صريح ما يجري فيه النية أنه كناية، في مثله كالعتق في الطلاق، ولأن كل لفظ صح استعماله في الطلاق، صح استعماله في العتق، كقوله: لا سلطان لي عليك، ولأن ما صح وقوع الطلاق به، صح وقوع الحرية به، كقوله أنت حرة، ولأن صريح الطلاق أقوى

من كنايته فلما وقعت الحرية بكناية الطلاق، فأولى أن تقع بصريحه، ولأنه لما كانت الحرية كناية في طلاق الحرة، وهي صفتها في حال الزوجية، فأولى أن يكون الطلاق كناية في عتق الأمة وليس من صفتها في حال الرق.

فأما استدلاله بأن تحريم الطلاق لا ينافي بقاء الرق، فالجواب عنه أن صريح الطلاق إنما كان كناية في العتق، لأنه يتضمن الإطلاق من حبس العتق، لا بما يتعلق به من التحريم، وأما قياسهم على الظهار، فالظهار عندنا كناية في العتق كالطلاق فسقط الاستدلال به ثم لو سلم لهم هذا الأصل - وليس بمسلم - لكان الفرق بينهما، لأن الطلاق مزيل للملك مع التحريم، فجاز أن تقع به الحرية، والظهار مختص بالتحريم من غير أن يزول به الملك، فلم تقع به الحرية. وأما استدلالهم بأن لفظ الطلاق أضعف من لفظ العتاق لاختصاصه بإزالة الاستمتاع عن المنفعة دون الرقبة، فالجواب: أنه وإن ضعف عنه في الإماء فهو أقوى منه في الحرائر، ثم لا ينكر أن يساويه في القوة إذا انضمت إليه النية كما تساويه كناية الطلاق التي هي أضعف من صريح الطلاق، إذا انضمت إليه النية، واستشهادهم بالبيع والإجارة، فهم لا يجوزون عقد الإجارة بلفظ البيع، كما لا يجوز عقد البيع بلفظ الإجارة وإن جاز عندنا، والفرق بينهما أن لفظ البيع أعم من لفظ الإجارة، فجاز أن يعقد الأخص باللفظ الأعم، ولم يجز أن يعقد الأعم باللفظ الأخص والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بَائِناً كَانَتْ واحِدَةً يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ لأَنَ اللَّهَ تَعَالَى حَكَمَ فِي الوَاحِدَةِ والثِّنْتَيْنِ بِالرَّجْعَةِ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَلَا وَلَاءَ لِي عَلَيْكَ كَانَ حُرًّا وَالْوَلَاءُ لَهُ جَعَلَ عَلَيهِ الصَّلَاةُ والسَّلَامُ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ كَمَا جَعَلَ اللَّهُ الرَّجْعَةَ لِمَنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً أو اثْنَتَيْنِ وَطَلَّقَ ركانةُ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ فَأَحْلَفَهُ النَّبِيُّ ﷺ مَا أَرَادَ إِلَّا وَاحِدَةً وَرَدَّهَا عَلَيْهِ وَطَلَّقَ المُطَّلِبُ بْنُ حنْطبٍ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَمْسِكْ عَلَيْكَ امْرَأَتَكَ فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ تَبَتَّ وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِرَجُلٍ قَالَ لامْرَأَتِهِ حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ مَا أَرَدت؟ وَقَالَ شُرَيْحٌ أَمَّا الطَّلَاقُ فَسُنَّةٌ فَأَمْضُوهُ وَأَمَّا أَلْبَتَّةُ فَبِدْعَةٌ فَدِينُوهُ (قَالَ) وَيَحْتَمِلُ طَلَاقُ أَلْبَتَّةِ يَقِيناً وَيَحْتَمِلُ الإِبْتَاتَ الَّذِي لَيْسَ بَعْدَهُ شَيْءٌ وَيَحْتَمِلُ وَاحِدَةً مُبِينَةً مِنْهُ حَتَّى يَرْتَجِعَهَا فَلَمَّا احْتَمَلَتْ مَعَانِي جُعِلَتْ إِلَى قَائِلِهَا».

قال الماوردي: وهذا الكلام يشتمل على فصلين:

أحدهما: أنه إذا طلق امرأته واحدة بائنة كانت رجعية، ولا تبين بالواحدة، وإن جعلها بائنة، كما لا يسقط ولاء العتق، وإذا شرط سقوطه في العتق.

وقال أبو حنيفة: تكون الواحدة بائنة إذا جعلها بائنة، وتسقط الرجعة فيها بإسقاطه

لها، وبنى على أصله، إذا قال لها: أنت بائن يريد به الطلاق، أنها تطلق واحدة بائنة، لا يملك فيها الرجعة، وقد مضى معه فيه، ثم تفسد مذهبه هاهنا من وجهين أيضاً:

أحدهما: أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة بائنة، كانت طالقاً واحدة غير بائنة.

والثاني: أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة، لا رجعة لي فيها، كانت طالقاً واحدة له الرجعة، كذلك في الواحدة والثانية.

والفصل الثاني: في الكناية يشتمل على فصلين:

أحدهما: أن الكناية لا يقع الطلاق بها إلا مع النية، وإن وقع بالصريح ردًّا على مالك حيث أوقع الطلاق بالكناية من غير نية، وعلى من ذهب إلى قول داود: أن الطلاق لا يقع بالصريح من غير نية، وقد مضى الكلام معهما والفرق بين الصريح والكناية، في اعتبار النية في الكناية، دون الصريح من وجهين:

أحدهما: أن الصريح لا يحتمل إلا معنى واحد، فحمل على موجبه من غير نية، والكناية تحمل معاني، فلم تنصرف إلى أحدهما آلا بنية، ألا ترى أن ما كان من العبادات لا تعقد إلا على وجه واحد، كأداء الأمانة، وإزالة النجاسة لم تفتقرْ إلى نية، وما كان محتملاً كالصوم لم يصح أن يكون عبادة إلا بالنية.

والثاني: أن الصريح حقيقة والثاني مجاز، والحقائق يفهم مقصودها بغير قرينة والمجاز لا يقوم مقصوده إلا بقرينة، فلذلك افتقرت الكناية إلى نية، ولم يفتقر الصريح إلى نية.

والفصل الثاني: أن الكناية إذا وقع بها الطلاق مع النية كالبائن والبتة والخلية والبرية كان رجعياً، إلا أن ينوي ثلاثاً، وقال أبو حنيفة: يكون بائناً، لا يملك فيه الرجعة وقد مضى الكلام معه فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَتَبَ بِطَلَاقِهَا فَلَا يَكُونُ طَلَاقاً إِلاَّ بِأَنْ يَنْوِيهِ كَمَا لَا يَكُونُ مَا خَالَفَهُ الصَّرِيحُ طَلَاقاً إِلاَّ بِأَنْ يَنْوِيهِ».

قال الماوردي: أما وقوع الطلاق بغير الكلام فينقسم ثلاثة أقسام: فعل وكناية وإشارة، فأما الفعل: مثل الضرب والإخراج من المنزل، وما جرى مجراه من الإبعاد والطرد، فلا يقع به الطلاق وإن نواه وعند مالك يكون طلاقاً، لأنه يوقع الطلاق بمجرد النية، فأولى أن يوقعه بالفعل مع النية وفيما مضى من الدليل، على أن الطلاق لا يقع بالنية، دليل على أنه لا يقع بالفعل، وإن اقترنت به النية.

والدليل عليه أيضاً: أن الطلاق أعظم حكماً من الإيلاء والظهار، لأنه يساويهما في قصد التحريم، ويزيد عليهما في رفع العقد، فلما لم يصح الإيلاء والظهار إلا بقوله دون النية والفعل، كان الطلاق بذلك أولى.

فصل

وأما الكناية وهو أن يكتب بخط يده، أنت طالق، أو قد طلقتك، أو أنت مطلقة فقد اختلف الناس فيما حكي عن الشافعي وأحمد بن حنبل: أنها صريح في وقوع الطلاق بها لا يفتقر إلى نية كالكلام، لأن الله تعالى قدأنذر بكتبه فقال تعالى: ﴿لِأُنذِرَكُم بِهِۦ وَمَنۢ بَلَغَۚ﴾ [الأنعام: ٩١]. وقد بلغ رسول الله ﷺ الرسالة بمكاتبة من كاتبه، ولأنها تقوم في الإفهام مقام الكلام، ثم هي أعم من إفهام الحاضر والغائب من الكلام المختص بإفهام الحاضر دون الغائب، ولأن العادة جارية باستعمالها في موضع الكلام، فاقتضى أن يكون جارية في الحكم مجرى الكلام، ولأن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ قد جمعوا القرآن في المصحف خطاً، وأقاموه مقام تلفظهم به نطقاً، حتى صار ما تضمنه إجماعاً لا يجوز خلافه، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكتابة ليست صريحاً في الكلام، ولا يجري عليها حكم الصريح من الكلام، لأن الله تعالى قد أرسل رسوله نذيراً لأمته ومبلغاً لرسالته فقال تعالى: ﴿إِنَّآ أَرْسَلْنَٰكَ بِٱلْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًاۖ﴾ [البقرة: ١٩٩]. فلو كانت الكتابة كالكلام الصريح، لمكن الله تعالى رسوله منها، ولعلمه إياها ليكون مع تكليف الإنذار ممكناً من آلائه، وكاملاً لصفاته، ومعاناً عليه من سائر جهاته، حتى لا يناله نقص فيقصر، ولا ضعف فيعجز، ولكان لا يبعث رسولاً، إلا أمياً لا يكتب، وإن تكلم، كما لا يبعث رسولاً أخرس، لا يتكلم وإن كتب، وفي فحوى هذا دليل على خروج الكتابة من صريح الكلام، ولأنها لو قامت مقام صريح الكلام لإجزأ من كتب القرآن في الصلاة عن أن يتكلم به في الصلاة، ولاقتضى من المرتد إذا كتب الشهادتين عن أن يتكلم بالشهادتين، وفي امتناعنا من ذلك خروج الكتابة من حكم الكلام، ولأنه لو كانت الكتابة صريحاً كالكلام لصح بها عقد النكاح، كما يقع بها فيه الطلاق، وفي إجماعنا على أن عقد النكاح بها لا يصح دليل على خروجهما من صريح الكلام في الطلاق، فإذا تقرر أن ليست الكتابة صريحاً في الطلاق، فقد اختلف قول الشافعي، هل يكون كناية فيه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وأشار إليه في كتاب الرجعة.

وقال به أبو إسحاق المروزي من أصحابنا: أنها لا تكون كناية، ولا يقع بها طلاق وإن نواه، لأنها فعل فأشبهت سائر الأفعال، ولأن كتابة اليد ترجمان اللسان ومعبر عنه كما

أن كناية الكلام ترجمان القلب ومعبر عنه فلما لم تقم الكتابة مقام الصريح إلا بنية القلب لم تقم الكناية مع الكلام إلا بنطق اللسان.

والقول الثاني: وهو الصحيح نص عليه هاهنا وفي الإملاء، وقال أبو حنيفة ومالك: إن الكتابة كناية في وقوع الطلاق بها مع النية، ولا يقع بها الطلاق إن تجردت عن النية، لأنها نقص عن الكلام لاحتمالها وتخالف الأفعال المخاطب بها، ولأن العرف في استعمالها أنها بدل من الكلام، تقتضي أن يتعلق عليها بعض أحكام الكلام، فصارت كالمحتمل فيه من اعتبار النية فيه:

فصل

فإذا قلنا بالأول أن الكتابة ليست صريحاً ولا كناية، فلا يقع بها الطلاق وإن نواه من حاضر ولا غائب، وكذلك العتق، فإن قلنا بالثاني في أن الكتابة كناية يقع بها الطلاق إذا اقترنت بالنية، ولا يقع بها الطلاق إذا تجردت عن النية، فكذلك العتق، ويصح بها الطلاق والعتاق من الغائب، وهل يصح من الحاضر أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح من الحاضر كما يصح من الغائب، لأن كنايات الطلاق والعتاق من الحاضر والغائب سواء، فكذلك الكتابة.

والوجه الثاني: أنه لا يصح بها الطلاق والعتاق، من الحاضر والغائب لأمرين:

أحدهما: أنها من الغائب ضرورة كإشارة الأخرس، ومن الحاضر غير ضرورة كإشارة الناطق.

والثاني: أنها مستعملة في عرف الغائب، وغير مستعملة في عرف الحاضر، فأما الظهار بالكتابة فهو كالطلاق على قولين، وأما الإيلاء بالكتابة فلا يصح قولاً واحداً، لأن الإيلاء يمين بالله تعالى لا ينعقد بالكناية، وأما عقد البيع والإجابة بالكتابة، فإن قيل: إن الطلاق لا يقع بهما ولا يكون كناية فيه فأولى أن لا ينعقد بها بيع ولا إجارة، وإن قيل: إن الطلاق يقع بها، وإنها كناية فيه، ففي عقد البيع والإجارة بهما وجهان، من اختلاف أصحابنا في عقد البيع والإجارة بصريح العقد وكنايته على وجهين:

أحدهما: لا تصح بالكتابة، إذا قيل: إنه لا تصح بالكنايات.

والوجه الثاني: أنه تصح بالكتابة إذا قيل: إنه تصح بالكنايات.

وقد حكى أبو حامد المروزي: أنه وجد نصًا عن الشافعي، أنه إذا كتب إلى رجل في

بلد أني قد بعتك داري، فيه بكذا صح البيع، إذا قبله المكاتب إليه، وكان له الخيار ما لم يفارق مجلسه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِذَا كَتَبَ إِذَا جَاءَكِ كِتَابِي فَحَتَّى يَأْتِيهَا».

قال الماوردي: وإذا قد مضى الكلام، حكم الكتابة بالطلاق إنها ليست صريحة فيه، وفي كونها كناية قولان، فلا يخلو حال من كتب بطلاق زوجته من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقترن بكتابته لفظ.

والثاني: أن يقترن بها نية.

والثالث: أن تتجرد عن لفظ ونية، فإن قارنها لفظ، وقع الطلاق، لأن اللفظ لو تجرد عن الكتابة وقع به الطلاق، فإذا انضم إلى الكتابة فأولى أن يقع به، وإن قارنها نية الطلاق، ففي وقوع الطلاق بها قولان، إن قيل: كناية وقع الطلاق، وإن قيل: ليست كناية لم يقع، وإن تجردت الكتابة عن قول ونية لم يقع بها الطلاق، لأنه يحتمل أن يكون كتب حاكياً عن غيره، أو مجرباً لخطه، أو مرهباً لزوجته، فإذا تقرر ما وصفنا، فصورة هذه المسألة أن يكتب إلى زوجته إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، إما مع لفظ اقترن به فكان طلاقاً قولاً واحداً وإما مع نية اقترنت بخطه، فكان طلاقاً في أصح القولين، وعليه تفرع جميع هذه المسائل، فهو طلاق معلق بصفة، وهو مجيء الكتاب إليها، فإن لم يجئها الكتاب لم تطلق فإن تأخر لهلاكه فقد بطلت صفة طلاقها، فهو غير منتظر سواء كان هلاكه بسبب منها أو من غيره، وإن تأخر مع بقائه فالصفة باقية، وتعليق الطرق بها منتظر لمجيء الكتاب إليها، لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون سليماً، فالطلاق واقع سواء قرأته أو لن تقرأه، لأنه علق طلاقها بمجيئه لا بقراءته، ولو كان كتب إذا جاءك كتاب وقرأتيه لم تطلق لمجيئه حتى تقرأه، فإن قرأ عليها لم تطلق، إن كانت تحسن القراءة، وطلقت إن كانت لا تحسنها اعتباراً بالعرف.

والقسم الثاني: أن يصل الكتاب ممحو الكتابة، فلا طلاق، لأن الكتاب هو المكتوب وما لا كتابة فيه فهو كأخذ وليس بكتاب، سواء كان هو الماحي له أو غيره، ولكن لو تطلست كتابته ولم يمح نظر فإن كان مفهوم القراءة طلقت، وإن كان غير مفهوم لم تطلق.

والقسم الثالث: أن يصل الكتاب وقد ذهب بعضه، فإن كان الذاهب منه موضع طلاقها لم تطلق، لأن مقصوده لم يصل، وإن كان موضع طلاقها باقياً والذاهب من غيره، فقد اختلف أصحابنا في وقوع طلاقها بها على أربعة أوجه:

أحدها: لا تطلق سواء كان الذاهب منه مكتوباً أو غير مكتوب، لأن الواصل منه بعضه.

والوجه الثاني: أنها تطلق، سواء كان الذاهب مكتوباً أو غير مكتوب، لأن المقصود منه هو لفظ الطلاق واصل.

والوجه الثالث: إن وصل أكثره طلقت، وإن وصل أقله لم تطلق اعتباراً بالأغلب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «فَإِنْ كَتَبَ أَمَّا بَعْدُ فَأَنْتِ طَالِقٌ مِنْ حِينَ كَتَبَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا اقترن بكتابته نية الطلاق فيقع الطلاق بالأصح من قوليه، الذي تفرع عليه، لأنه كتب طلاقاً ناجزاً، ولم يعلقه بوصول الكتاب إليها، فيعمل وقوعه في الحال، كما لو تلفظ بطلاقها ناجزاً وخالف أن يكتب، إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق، فلا يطلق إلّا بوصوله، لأن هذا مقيد بصفة، وذلك ناجز، فلو كان قال لها: إذا أتاك طلاقي فأنت طالق، ثم كتب إليها إذا جاءك كتابي فأنت طالق، فجاءها الكتاب طلقت طلقتين، إحداهما بوصول الكتاب والثانية بمجيء الطلاق، لأن الصفتين موجودتين في وصوله، وعلى مثاله أن يقول لها: أن أكلت نصف رمانة فأنت طالق وإن أكلت رمانة، فأنت طالق، فأكلت رمانة فتطلق طلقتين لأنها قد أكلت نصف رمانة وأكلت رمانة ولو قال لها: كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق وكلما أكلت رمانة فأنت طالق، فأكلت رمانة طلقت طلقتين، لأن فيها نصفين، فطلقت طلقتين وهي رمانة، فطلقت ثالثة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ شُهِدَ عَلَيْهِ أَنَّ هَذَا خَطُّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّى يُقِرَّ بِهِ».

قال الماوردي: وصورتها أن تدعى المرأة على زوجها، أنه كتب إليها بطلاقها، وتحضر كتاباً بالطلاق تدعي أنه كتابه وينكر أن يكون كتابه، فإن لم تصل المرأة الدعوى بأنه كتابه، ناوياً للطلاق، لم يحلف الزوج، وإن وصلت دعواها، بأنه كتب ناوياً أحلف الزوج حينئذٍ على إنكاره، فإن كان منكراً للكتاب، أحلف أنه ما كتبه وإن كان منكراً للنية، أحلف أنه ما نوى، وإن أحلف أنها لم تطلق منه لم يجز، لأنه قد يكون ممن لا يعقد وقوع الطلاق بالكتاب، ويعتقده الحاكم فإن شهد عليه عند إنكار الكتاب شاهدان، أنه خطه وكتابه لم تطلق، لأن الكتابة لا يقع بها الطلاق إلا مع النية، والشهادة وإن صحت على الكتابة فلا تصح على النية، لأن النية تخفي والكتابة لا تَخفي، ولذلك قال الشافعي - رضي الله عنه - لم يلزمه حتى يقرّ به، يعني يقر بالكتاب والنية مع كتابته، فإن قيل فكيف تصح الشهادة على خطه؟ قيل: بأن رأياه يكتبه، ولا تغيب الكتاب عن أعينهما حتى يشهدا به، فإن لم يكونا

رأياه، يكتبه ولكنهما عرفا خطه لم يجز أن يشهدا به، لأن الخط (يشبه الخط)، وإن رأياه قد كتبه وغاب الكتاب عنهما لم يجز أن يشهدا به، لجواز أن يكون مزوراً عليه فيتشبه به وهذه الشهادة لا تلزم الشاهدين، أن يشهدا بها، ولا الحاكم أن يستدعيهما، لأنه لا يتعلق بها حكم.

فصل

فأما الإشارة بالطلاق، فإن كانت من الأخرس، قامت مقام نطقه، ووقع الطلاق بإشارته كما يقع طلاق الناطق بلفظه، إذا كانت إشارته مفهومة، وتكون الإشارة منه طلاقاً صريحاً وإن كانت الإشارة من ناطق، لم يقع بها الطلاق لا صريحاً ولا كناية، لأنه قادر على الكلام الذي هو بالطلاق أخص.

فلو قال: أنت وأشار بأصابعه الثلاث مريداً بها الطلاق لم تطلق، لأن بقوله أنت بدء وليس بصريح في الطلاق ولا كناية، فالإشارة بعد البدء، لا يقع بها الطلاق، ونية الطلاق قد تجردت عن لفظ فلم يقع بها الطلاق، ولكن لو قال: أنت طالق كذا وأشار بإصبع واحدة طلقت واحدة، ولو أشار بإصبعين، طلقت طلقتين، ولو أشار بثلاثة أصابع، طلقت ثلاثاً، وقامت إشارته مقام الثلاث، مع قوله هكذا مقام نيته بالثلاث نص عليه ابن سريج، فلو أشار بثلاث أصابع قائمة وبإصبعين معقودتين فإن أراد الثلاث القائمة طلقت ثلاثاً، وإن أراد الإصبعين المعقودتين طلقت ثنتين، وإن لم تكن نية، طلقت بالثلاث أصابع ثلاثاً، لأن فيها زيادة إشارة.

قال أبو العباس بن سريج: ولو قال: أنت طالق، ولم يقل هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث لم يلزمه بالإشارة عدد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قال لامْرَأَتِهِ اخْتَارِي أَوْ أمرك بِيَدِكِ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا فَقَالَ مَا أَرَدْتُ طَلَاقاً لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً إِلاَّ بِأَنْ يُرِيدَهُ وَلَوْ أَرَادَ طَلَاقاً فَقَالَتْ قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي سُئِلَتْ فَإِنْ أَرَادَتْ طَلَاقاً فَهُوَ طَلَاقٌ وَإِنْ لَمْ تُرِدْهُ فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ».

قال الماوردي: اعلم أن للزوج في الطلاق ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتولاه لنفسه مباشراً فيقع الطلاق بمباشرته.

والحال الثانية: أن يستنيب فيه وكيلاً، فيقوم الوكيل في الطلاق الذي استنابه فيه مقام نفسه على ما سنذكره.

والحال الثالثة: أن يفوضه إلى زوجته وهي مسألتنا فيكون ذلك تمليكاً لها ولا يكون

توكيلاً واستنابة، وهو جائز يصح به وقوع الفرقة، لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَيَّرَ نِسَاءَهُ، فَاخْتَرْنَهُ فلولا أن لتخييرهن تأثير في الفرقة إن اخترنها، ما كان لتخييرهن معنى، وإذا كان كذلك لم يخل حال تفويضه الطلاق إلى زوجته من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون بصريح منهما. **والثاني**: بكناية منهما، **والثالث**: بصريح منه وكناية منها، **والرابع**: بكناية منه وصريح منها.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون بصريح منهما جميعاً فصورته: أن يقول لها طلّقي نفسك فتقول: قد طلّقت نفسي، فقد وقع الطلاق بطلاقها لنفسها، ولا يراعى من أصل الطلاق ووقوعه نية واحد منهما، فأما عدد الطلاق فلهما فيه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يذكراه.

والثانية: أن ينوياه.

والثالثة: أن يطلقاه، فإن ذكراه فلهما فيه حالتان:

أحدهما: أن يتفقا عليه.

والثانية: أن يختلفا فيه، فإن اتفقا عليه وقع العدد الذي اتفقا عليه كأنه قال لها: طلّقي نفسك واحدة، فطلّقت نفسها واحدة، أو قال لها: طلّقي نفسك طلقتين، فطلقت نفسها طلقتين، أو قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثاً وقع الثلاث أو ما اتفقا عليه من العدد، وإن اختلفا فيه وقع أقل العددين.

مثاله: أن يقول لها: طلّقي نفسك ثلاثاً فتطلق نفسها واحدة فلا تطلق إلا واحدة، ولو قال لها: طلّقي نفسك واحدة فطلّقت نفسها ثلاثاً لم تطلق ألا واحدة.

وقال أبو حنيفة: أن قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة لم تطلق.

وقال مالك: مثل هذا وأما إن نويا العدد ولم يذكراه حملا فيه على نيّتهما، فإن اتفقا في نية العدد فنويا طلقتين أو ثلاثاً كان على ما نويا من العدد.

وقال أبو حنيفة: لا تأثير للنية في العدد، وقد مضى الكلام معه، فإن اختلفا في النية كان العدد محمولاً على أقل الثنتين كما لو أظهراه قولاً، فإن نوى الزوج ثلاثاً ونوت الزوجة واحدة كانت واحدة وإن لم يذكرا عدداً ولا نوياه طلقت واحدة.

فصل

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون بذله كنتية وقبولها كناية كقوله: اختاري نفسك فتقول: قد اخترت نفسي، فلا يقع الطلاق حتى ينوياه جميعاً فإن نواه دون الزوجة أو الزوجة دون الزوج لم يقع.

وقال مالك: يقع وإن لم ينوياه ولا واحد منهما بناء على أصله في أن الكناية الظاهرة لا تفتقر إلى نية.

وقال أبو حنيفة: إذا نواه الزوج وحده وقع الطلاق وإن لم تنوه الزوجة، استدلالاً بما روي أن الصحابة سئلوا عمَّن خير زوجته فقال عمر: إن اختارت نفسها فواحدة ولها الرجعة، وإن اختارت زوجها فلا طلاق، وتابعه ابن مسعود، وابن عباس، وقال علي بن أبي طالب ـ عليه السلام ـ إن اختارت نفسها فهي واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها فواحدة وهو أحق بها.

وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها طلقت ثلاثاً وإن اختارت زوجها فواحدة بائنة فأوقع جميعهم الطلاق عليها باختيارها نفسها، ولم يعتبروا النية، فصاروا مجمعين على أن النية غير معتبرة من جهتها، قال: ولأن تعليق الطلاق عليها لا يوجب اعتبار نيتها فيه كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت بدخول الدار، وإن لم ينوه كذلك في الاختيار ودليلنا هو: أنه لما كان تخيير الزوج لها كناية، يرجع فيه إلى نية، لاحتماله أن يكون أراد اختاري نفسك للنكاح أو الطلاق، فوجب أن يكون اختيارها لنفسها كناية، ترجع فيه إلى نيتها لاحتماله أن يكون اخترت نفسي لنكاحك أو طلاقك، ألا تراها لو قالت: قد اخترت نفسي لنكاحك لم تطلق، كذلك إذا أطلقت، فأما استدلاله بإجماع الصحابة، فلا دليل فيه لأنهم لم يعتبروا نية الزوج، وهي معتبرة عندنا وعنده، فكذلك إذا لم يعتبروا نية الزوجة، ويكون ذلك منهم لعلمهم بوجود النية منهما.

وأما استدلاله بدخول الدار، فحسبنا به دليلاً، لأنه لما كان إذا علق طلاقها صح، بدخول الدار لم تطلق لا بوجود الدخول منها، كذلك إذا خيرها في طلاق نفسها، لم تطلق حتى تختار طلاق نفسها، فإذا تقرر أن النية معتبرة منهما، وأن الطلاق لا يقع إلا بنيّتهما فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تختار نفسها.

والثانية: أن تختار زوجها.

والثالثة: أن لا يكون لها اختيار. فإن اختارت نفسها، طلقت واحدة رجعية، وإن اختارت زوجها أو لم يكن لها اختيار لم تطلق، وبه قال من الصحابة: عمر وابن مسعود وابن عباس، وقال أبو حنيفة: إن اختارت نفسها طلقت واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها لم تطلق، وقال ربيعة: إن اختارت نفسها طلقت واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها، طلقت واحدة رجعية، وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب، وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها طلقت ثلاثاً، وإن اختارت زوجها طلقت واحدة بائنة.

والدليل على أن اختيارها لزوجها لا يكون طلاقاً، ما رواه الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمٰن عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: لَمَّا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهُ ﷺ بِتَخْيِيرِ نِسَائِهِ بَدَأَ بِي، فَقَالَ: إِنِّي ذَاكِرٌ لَكَ أَمْراً فَلَا تَعْجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ، ثُمَّ تلا هذه الآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨] الآية: فقلت في أيِّ هَذَيْنِ أَسْتَأْمِرُ أَبَوَيَّ، فَإِنِّي أُرِيدُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ والدَّارَ الآخِرَةَ، قَالَتْ: ثُمَّ فَعَلَ أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَ مَا فَعَلْتُ[1]. وَلَمْ يَكُنْ حِينَ قَالَ لَهُنَّ رَسُولُ اللَّهِ، فَاخْتَرْنَهُ طَلَاقاً مِنْ أَجْلِ أَنَّهُنَّ اخْتَرْنَهُ.

ومن الدليل عليه أيضاً: أن اختيارها لزوجها ضد اختيارها لنفسها، فلما طلقت باختيارها نفسها، وجب أن لا تطلق باختيار زوجها، لأن اختلاف الضدين يوجب اختلاف الحكمين.

والدليل على أنها تكون واحدة رجعية، ولا تكون ثلاثاً ولا واحدة بائنة، ما قدمنا في حكم الطلاق إذا وقع بالكناية، وهكذا لو قال لها أمرك بيدك، فقالت: قد اخترت نفسي أو قال لها: أبيني نفسك، فقالت: قد أبنت نفسي، وهكذا لو اختلفت الكناية منهما، فقال لها: حرّمي نفسك فقالت: قد اخترت نفسي، أو قال لها: اختاري نفسك، فقالت قد حرمت نفسي لم يقع الطلاق حتى ينوياه جميعاً.

فصل

فإن قال لها: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت أبي وأمي، لم يقع به الطلاق، وإن نوته، لأنه ليس بصريح ولا كناية، إذ ليس اختيارها لأبيها موجباً لفراق زوجها. ولو قالت: قد اخترت الأزواج ففي وقوع الطلاق به إذا نوته وجهان:

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٧٣٩) ومسلم (١٤٧٥).

أحدهما: يقع به الطلاق، لأنها لا تحل للأزواج مع بقائها على نكاحه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يقع به الطلاق لعلتين.

إحداهما: أنه من الأزواج.

والثانية: أن اختيارها لنفسها لا تكون ذات زوج، فعلى هذا لو قالت: قد اخترت زيداً ناوياً للطلاق طلقت على التعليل الأول، ولم تطلق على التعليل الثاني.

فصل

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون بذله صريحاً وقبولها كناية.

فصورته أن يقول لها: طلّقي نفسك، أو قد جعلت بيدك طلاق نفسك، فتقول: قد اخترت نفسي أو قد أبنت نفسي، فتعتبر نية الزوجة ولا تعتبر نية الزوج، لأن صريح الزوج لا يفتقر إلى نية وكناية الزوجة تفتقر إلى النية، فإذا قالت ذلك ناوية للطلاق طلقت، على قول جمهور أصحابنا، وقال منهم أبو عبيد بن حربوية، وأبو علي بن خيران: لا تطلق لأن قبول الصريح يكون صريحاً للنكاح، وهذا فاسد، لأن الكناية مع النية تقوم مقام الصريح بغير نية، وجرى اختلاف الصريح والكناية مجرى اختلاف الصريحين، واختلاف الكنايتين وإذا كان كذلك وسئلت الزوجة عن نيتها، فقالت: ما أردت الطلاق، لم تطلق، فإن أكذبها الزوج طلقت بإقراره أنها قد نوت، وإن قالت: أردت الطلاق، طلقت فإن أكذبها الزوج كان القول قولها مع يمينها، لأن النية باطنة لا تعرف إلا من جهتها.

وقال بو سعيد الإصطخري: القول قول الزوج مع يمينه، ولا يصدق قولها في وقوع الطلاق عليه كما لو ادعته، وكما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فقالت: قد دخلت، وهذا خطأ، لأن تعليق الطلاق بما يعتبر فيه نيتها، أخفى من تعليقه بحيضها، فلما كان لو قال لها إذا حضت فأنت طالق، فقالت: قد حضت، قبل فيه قولها، وإن أكذبها، فأولى أن يقبل قولها فيما تعلق من نيتها، لأن إقامة البينة على نيّتها، أشد تعذراً من إقامتها على حيضها، لاستحالة تلك وإمكان هذه، وخالف قوله لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فتدعي دخولها، فلا يقبل قولها، لأنه يمكنه إقامة البينة على دخولها.

فصل

وأما القسم الرابع: وهو أن يكون بذله كناية وقبولها صريحاً فصورته: أن يقول لها اختاري نفسك أو أمرك بيدك، فتقول قد طلّقت نفسي، فتعتبر نية الزوج ولا تعتبر نية

الزوجة، لأن كناية الزوج تفتقر إلى النية، وصريح الزوجة لا يفتقر إلى النية، فإن قالت أردت الطلاق طلقت، وإن قال لم أرده، لم تطلق، وإن جن أو مات قبل أن تعلم إرادته، لا تطلق وكان لها ميراثها منه، لأن إرادته مجوزة والطلاق لا يقع بالشك، فلو قال لها: أمرك بيدك فأراد به طلاقها في الحال، ولم يجعله بذلاً يقف على قبولها. قال الشافعي في كتاب «الإملاء»: لم تطلق، لأن هذا القول منه إذا اقترن بالإضافة إليها صار صريحاً، في جعل الطلاق إليها، وتعليقه بقبولها، فلم يقع إلا به، ويحتمل أن يقع به الطلاق، لأنه من كناياته الجاري مجرى قوله: قد ملكتك نفسك، وتزوجي من شئت فيقع به الطلاق إذا نواه، ولكن لو قال لها: طلّقي نفسك وأراد به وقوع الطلاق عليها من غير أن يقفه على قبولها وتطليقها لنفسها لم تطلق إلا أن تطلق نفسها، لأنه لا يحتمل غيره.

فصل

ولو قال لها: إن أحببت فراقي، فأمرك بيدك، لم تطلق إذا طلقت نفسها، حتى تقول قبل الطلاق قد أحببت فراقك، ثم تطلق نفسها فتطلق حينئذٍ، لأنه مقيد بهذا الشرط ولو قال لها: إذا مضت سنة فإمرك بيدك، أو قال لها: إذا قدم زيد فأمرك بيدك لم يجز، لأنه تمليك مؤجل، وبذل منتظر، فإن طلقت نفسها بعد مضي السنة، أو بعد قدوم زيد، لم تطلق لبطلان التمليك، وفساد البذل، ولكن لو قال: أمرك بيدك تطلقين نفسك بعد سنة أو إذا قدم زيد، ففيه قولان:

أحدهما: نص عليه في «الإملاء» وهو قول أبي حنيفة واختيار المزني أنه جاز، تغليباً لحكم الطلاق بالصفة، ولها إذا مضت السنة أو قدم زيد أن تعجل طلاقها، فإن أخرته لم تطلق.

والقول الثاني: نص عليه في الجديد، وهو الأصح لا يجوز تغليباً لحكم التمليك، الذي لا يجوز أن يعلق لأجل منتظر، ولا بصفة متوقعة، فإن طلقت نفسها عند مضي السنة، وقدوم زيد لم تطلق، لبطلان التمليك، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِي: «لَا أَعْلَمُ خِلَافاً أَنَّهَا إِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا مِنَ الْمَجْلِسِ وَتَحدث قَطْعاً لِذَالِكَ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ عَلَيْهَا فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لِهَذَا الْمَوْضِعِ إِجْمَاعٌ».

قال الماوردي: إذا جعل إليها طلاق نفسها فهو تمليك، يراعى فيه تعجيل القبول، والقبول أن تطلق نفسها فتملك بتعجيل الطلاق ما ملكها، وإذا كان كذلك فقد قال الشافعي هاهنا: إن طلقت نفسها قبل أن يتفرقا من المجلس أو يحدث قطعاً لذلك، وقع الطلاق عليها، فجعل وقوع الطلاق عليها مقيداً بشرطين:

أحدهما: أن يكون قبل افتراقهما عن مجلسهما.

والثاني: أن يكون قبل أن يحدثا ما يقطع ذلك من قول أو فعل، فلم يختلف أصحابنا أنها متى طلقت نفسها بعد افتراقهما عن المجلس، لم تطلق، ومتى طلقت نفسها في المجلس بعد أن حدث تشاغل بغيره من كلام أو فعال لم تطلق.

واختلف أصحابنا هل يكون خيارها ممتداً في جميع المجلس أو يكون على الفور؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه هاهنا، وفي «الإملاء» أنه ممتد في جميع المجلس، فمتى طلقت نفسها فيه طلقت، وإن تراخى الزمان.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي والمحققين من أصحابنا: أنه على الفور في المجلس، لأنه قبول تمليك، فأشبه القبول في تمليك البيع والهبة، وإطلاق الشافعي من محمول على هذا الشرط، لأن أصوله مقررة عليه، ولأنه ذكر الإجماع فيه، أنها إذا طلقت نفسها على هذه الصفة، كان إجماعاً ولا يكون إلا أن يتعجل على الفور من غير مهلة.

وقال مالك في إحدى روايتيه: لها أن تطلق إلى شهر، وفي الرواية الثانية: ما لم تمكنه من وطئها، وكلا القولين مردود ومدفوع بما ذكرنا من التعليل.

فصل

وإذا ملكها طلاق نفسها، ثم رجع في التمليك، قبل أن تطلق نفسها صح رجوعه وبطل تمليكه، فإن طلقت نفسها لم تطلق، وقال أبو حنيفة ومالك وأبو علي بن خيران من أصحابنا: ليس له الرجوع، وإذا طلقت نفسها بعد رجوعه طلقت، استدلالاً بأنه طلاق معلق بصفة، فلم يملك الزوج الرجوع فيه، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإنه لا يملك إبطال هذه الصفة وتطلق متى دخلت الدار.

ودليلنا هو أنه تمليك للطلاق لوقوفه على قبولها، وللمالك وبعد بذله أن يرجع فيه قبل قبوله منه، كما يرجع في بذل الهبة والبيع، قبل قبولهما منه، وخالف تعليق طلاقها بدخول الدار، لأنه لا يقف على قبولها، وليس لها إبطال ذلك على نفسها، فلم يكن له إبطال ذلك عليها، وليس كالتمليك الذي لها أن تبطله على نفسها، فكان له إبطاله عليها، وإذا صح رجوعه كما ذكرنا، فمتى طلقت نفسها بعد علمها برجوعه، كان في وقوع طلاقها وجهان، من الوكيل في القصاص إذا لم يعلم بالرجوع حتى اقتص والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: «وَقَالَ فِي الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ: وَإِنْ مَلَكَ أَمْرَهَا غَيْرُهَا فَهَذِهِ وِكَالَةٌ مَتَى أَوْقَعَ الطَّلَاقَ وَقَعَ وَمَتَى شَاءَ الزَّوْجُ رَجَعَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال والوكالة في الطلاق جائزة، لأن فاطمة بنت قيس طلقها وكيل زوجها، بمشهد رسول الله ﷺ، فأمضاه، ولأنه لما جازت الوكالة في النكاح مع تغليظ حكمه كان جوازها في الطلاق أولى، فإذا وكل رجلاً عاقلاً جاز، سواء كان حراً أو عبداً، مسلماً أو كافراً، ولا يجوز أن يوكل مجنوناً ولا صغيراً، لأنه لا حكم لقولهما، وفي جواز توكيله لامرأة وجهان مضيا في الخلع، ثم الوكالة على ضربين:

أحدهما: أن تكون مطلقة وهو أن يقول: قد وكلتك في طلاق زوجتي فلانة، فله أن يطلقها على الفور والتراخي بخلاف ما لو ملكها الطلاق لنفسها، لأن هذه نيابة وذاك تمليك، فإن ذكر له من الطلاق عدداً لم يتجاوزه، فلو قال له: طلقها ثلاثاً فقال لها: أنت طالق ثلاثاً، طلقت ثلاثاً، ولو قال لها: أنت طالق ونوى أن يكون ثلاثاً فيه وجهان:

أحدهما: تطلق ثلاثاً، لأن نية الثلاث تقوم مقام التلفظ بالثلاث.

والوجه الثاني: لا تطلق ثلاثاً ولا تقوم نيته مقام نية الزوج، لأن الزوج مدينٌ في الطلاق معمول على نيته فيه، والوكيل غير مدين في الطلاق فلم يعمل على نيته فيه، وهكذا لو طلقها الوكيل بالكناية مع النية، كان على هذين الوجهين، فلو وكله أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة، ففي وقوعها وجهان:

أحدهما: يقع، لأنه بعض ما وكل فيه.

والوجه الثاني: لا يقع لأنه وكل في طلاق بائن، وهذا الطلاق غير بائن فصار غير ما وكل فيه، فلو وكله أن يطلقها واحدة، لم تقع الثلاث، وفي وقوع الواحدة وجهان: لو وكله في طلاق واحدة من نسائه ولم يعينها له ففيه وجهان:

أحدهما: أن أيتهن طلقها صح، لأن وقوع الطلاق المبهم جائز، فكان التوكيل فيه جائزاً.

والوجه الثاني: أنه يجوز أن يطلق واحدة قبل أن يعينها الزوج، فإن طلق واحدة منهن قبل تعيينها لم تطلق، لأن إبهام الطلاق من جهة الزوج يجوز، لأنه موقوف على خياره في التعيين، ومن جهة الوكيل لا يجوز لأنه غير موقوف على خياره في التعيين.

فصل

والضرب الثاني: أن تكون الوكالة مقيدة، وهو أن يوكله في طلاقها على صفة، وهو أن يأمره أن يطلقها في يوم الخميس، فلا يجوز أن يطلقها إلا فيه، فإن طلقها في غيره لم تطلق، أو يأمره أن يطلقها للسُّنَّة، فإن طلقها للبدعة لم تطلق، أو يأمره أن يطلقها للبدعة، فإن طلقها للسنة لم تطلق، فلو قال له: طلقها إن شئت لم يقع طلاقه حتى يقول قد شئت ولا يكون إيقاعه للطلاق مشيئة منه، لأنه قد يوقع الطلاق بمشيئة وغير مشيئة، والمشيئة لا تعلم إلا بالقول. وليس من شرط مشيئته الفور، بخلاف ما لو علق الطلاق بمشيئتها، لأن تعليقه للطلاق بمشيئتها، تمليك فروعِيَ فيه الفور، وتعليقه للطلاق بمشيئته صفة، فلم يراع فيها الفور، ولأنه جعل إليها طلاقها إذا شاء، فلما جاز أن يطلقها على الفور والتراخي جاز أن تكون مشيئته مع الطلاق المتراخي، لكن من صحة مشيئته أن يخبر بها الزوج قبل طلاقه فإن أخبر بها غيره ثم طلق لم يقع، لأنه إذا كان إخباره بها شرطاً، كان إخبار الزوج بها أحق، وأولى أن يكون شرطاً، فلو قال له: طلقها إن شاءت، روعيت مشيئتها عند عرض الوكيل الطلاق عليها، فإنه لا يجوز أن يطلقها إلا بعد عرض الطلاق عليها وسؤالها عن مشيئتها، فتصير حينئذٍ مشيئتها معتبرة على الفور، فإن عجلها وقع الطلاق، وإذا أوقعه الوكيل بعدها، سواء أوقعه على الفور أو على التراخي، فإن تراخت مشيئتها، لم يقع الطلاق بعدها، لفساد المشيئة.

فصل

وليس للوكيل في الطلاق أن يوكل غيره فيه، فإن وكل وكيلين في طلاق زوجة واحدة وجعل إلى كل واحد منهما أن يطلقها، فأيهما سبق بطلاقها ثلاثاً، بطلت وكالة الآخر ولو جعل إلى كل واحد منهما أن يطلقها واحدة فإذا سبق أحدهما فطلقها واحدة لم تبطل وكالة الآخر وجاز له أن يطلقها أخرى، والفرق بينهما ما ضح. وهكذا لو وكل واحداً في طلاقها ثلاثاً ثم بادر الزوج فطلقها ثلاثاً بطلت الوكالة.

ولو طلقها الزوج واحدة، كانت الوكالة بحالها في الطلقتين لاباقيتين، وإن طلقها الوكيل ثلاثاً وقع منهما طلقتان، لأنهما الباقيتان من طلاق الزوج، بعد الواحدة التي أوقعها ولو وكله في طلاقها واحدة ثم طلقها الزوج واحدة، لم تبطل الوكالة ما طلقته، أو لم يراجع، فلو انقضت عدتها من طلقة الزوج ثم استأنف نكاحها ففي بقاء الوكالة وجواز طلاق الوكيل لها وجهان:

أحدهما: الوكالة باقية وطلاق الوكيل لها واقع.

والوجه الثاني: أن الوكالة قد بطلت وطلاقه غير واقع، وهذان الوجهان من اختلاف قوليه في عقد الطلاق في نكاح، هل يجوز أن يقع في غيره أم لا.

فصل

فإذا رجع الزوج عن الوكالة أو جن أو مات، لم يكن له أن يطلق، فإن طلق لم يقع، فلو لم يعلم الوكيل بجنون موكله أو موته فطلق، لم يقع طلاقه، لأن الطلاق لا يصح أن يقع عن زوج ميت، أو مجنون، ولو لم يعلم الوكيل برجوع الزوج حتى طلق، كان في وقوع طلاقه قولان من اختلاف قوليه في الموكل في القصاص، إذا اقتص قبل العلم بالعفو.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ جَعَلَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثاً فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَإِنَّ لَهَا ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً، فطلقت نفسها واحدة، طلقت واحدة، وقال مالك إذا قال طلّقي نفسك ثلاثاً، فطلقت واحدة لا يقع شيء وإذا قال: طلّقي واحدة فطلقت ثلاثاً، وقعت الثلاث، وعنه لا تطلق استدلالاً بأن قبولها بعض ما ملكها موجب لفساد القبول، وبطلان التمليك كما لو باعها عبدين بمائة فقبلت أحدهما لم يصح.

ودليلنا هو: أن من ملك إيقاع الطلاق الثلاث ملك إيقاع الطلقة الواحدة كالزوج.

وأما استدلاله بتبعيض القبول في البيع، فإنما لم يصح، لأن البذل إنما كان في مقابلة ثمن لم يحصل له بالتبعيض، فلذلك لم يصح قبول البعض، ولولا الثمن لصح، ألا ترى لو وهب لها عبدين، فقبلت إحداهما صح، فكذلك الطلاق.

فصل

فإذا جعل إليها أن تطلق نفسها واحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً، طلقت واحدة. وقال أبو حنيفة: لا تطلق، لأن ما عدلت إليه غير مأذون فيه، فلم يجز.

ودليلنا هو: أنه إذا اجتمع في طلاقها مأذون فيه وغير مأذون فيه، لم يمنع غير المأذون فيه من وقوع المأذون فيه، ما لو جعل إليها طلاق نفسها، فطلقت نفسها وضرائرها، وادعى فيه أن الواحدة لا تتميز عن الثلاث، غير صحيح لأن المأذون فيه متميز عن غير المأذون فيه وربما حكي هذا القول عن أبي حنيفة والأول عن مالك.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَقَالَ فِيهِ وَسَوَاءٌ قَالَتْ طَلَّقْتُكَ أَوْ طَلَّقْتُ نَفْسِي إِذَا أَرَادَتْ طَلَاقاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا جعل إليها طلاق نفسها، فإن قالت قد طلقت نفسي، طلقت وكان هذا صريحاً لا يفتقر إلى نيتها.

وإن قالت: قد طلقتك كانت كناية يقع به الطلاق إذا نوته، وقال أبو حنيفة: لا يقع به الطلاق وإن نوته، وقد مضى الكلام في هذه المسألة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ طَلَّقَ بِلِسَانِهِ وَاسْتَثْنَى بِقَلْبِهِ لَزِمَهُ الطَّلَاقُ وَلَمْ يَكُنْ الاسْتِثْنَاءُ إلاَّ بِلِسَانِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن الاستثناء في الطلاق على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يصح مضمراً ومظهراً.

والثاني: ما لا يصح مضمراً، ولا مظهراً.

والثالث: ما يصح مظهراً ولا يصح مضمراً.

فأما ما يصح إظهاره وإضماره فهو ما جاز أن يكون صفة للطلاق، أو أمكن أن يكون حالاً للمطلقة، فالذي يجوز أن يكون صفة للطلاق مثل قوله: أنت طالق من وثاق، أو مسرحة إلى أهلك، وأو مفارقة إلى المسجد فإن أظهره بلفظه صح وحمل عليه في الظاهر والباطن، ولم يلزمه الطلاق، لأنه وصفه بما يجوز أن يكون من صفاته، في غير الطلاق فلذلك لم يقع به الطلاق، وإن لم يظهره في لفظه وأضمره في نيته صح إضماره، ودين فيه ولم يلزمه الطلاق في الباطن، اعتباراً بالمضمر، ولزمه الطلاق في الظاهر، اعتباراً بالمظهر، وأما الذي يمكن أن يكون حالاً للمطلقة فمثل قوله أنت طالق إلى رأس الشهر، ولو دخلت الدار، أو إن كلمت زيداً، فإن أظهر ذلك بلفظه عمل عليه في الظاهر، ولم يقع عليها الطلاق إلا على الحال التي شرطها، وإن أضمره بقلبه، ولم يظهره بلفظه دين فيه، وفي الباطن فلم يلزمه الطلاق إلا بذلك الشرط، اعتباراً بإضماره ولزمه الطلاق في ظاهر الحكم اعتباراً بإظهاره، فهذا ضرب.

فصل

وأما ما لا يصح إضماره ولا إظهاره، فهو ما كان فيه إبطال ما أوقع ونفي ما أثبت، كقوله: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، أو أنت طالق إلا أنت، فالطلاق واقع والاستثناء باطل في إظهاره باللفظ وإضماره بالقلب، لأن وقوع الطلاق يمنع من رفعه، لا سيما مع قول النبي ﷺ: «ثَلاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ النِّكَاحُ والطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ».

والفرق بين هذا حيث بطل وبين الضرب الأول حيث صح: أن ذاك صفة محتملة وحال ممكنة، يبقى معها اللفظ على احتمال مجوز، وهذا رجوع لا يحتمل ولا يجوز، وإذا بطل هذا الاستثناء بما عللنا، وقع الطلاق ظاهراً وباطناً.

فصل

وأما الضرب الثالث: وهو ما يصح إظهاره ولا يصح إضماره، فهو الاستثناء من العدد، أو الشرط الواقع بحكم الطلاق، فالاستثناء من العدد، أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين والشرط الرافع لحكم الطلاق، أن يقول: أنت طالق إن شاء الله، فإن أظهره في لفظه متصلاً بكلامه صح، وكان محمولاً عليه في الظاهر والباطن، فلا يلزمه الطلاق إذا قال: إن شاء الله ويقع عليها طلقة واحدة، إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، لأن بعض الكلام مرتبط ببعض، فأوله موقوف على آخره، وهو كلام لا ينقض بعضه بعضاً، فصح ولو لم يتلفظ بهذا الاستثناء بلسانه وأضمره بقلبه ونوى بقوله: أنت طالق أن يكون معلقاً بمشيئة الله، أو قال: أنت طالق ثلاثاً ونوى إلا اثنتين، لم يصح ما أضمره من الاستثناء بمشيئة الله، ومن العدد، ووقع الطلاق ثلاثاً في الظاهر والباطن، وإنما كان صحيحاً مع الإظهار باطلاً مع الإضمار، لأن حكم اللفظ أقوى من النية، لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ من غير نية، ولا يقع لمجرد النية من غير لفظ، فإذا تعارضت النية واللفظ، يغلب حكم اللفظ لقوته على حكم النية لضعفه، فوقع الطلاق وبطل الاستثناء.

فلو قال: وله أربع نسوة: أنتن طوالق، واستثنى واحدة منهن فعزلها من الطلاق صح استثناؤه من طلاقهن، مظهراً ومضمراً، فلا يقع طلاقها إن استثناها ظاهراً بلفظه لا في الظاهر، ولا في الباطن، ولا يقع طلاقها إن استثناها، باطناً بنيته في الباطن، وإن كان واقعاً، وإن كان واقعاً في الظاهر، ولكن لو قال للأربع: أنتن يا أربع طوالق، وأراد إلا واحدة فإن استثناها بلفظه صح، وإن عزلها بنيته لم يصح، كالاستثناء من العدد لأنه قد صرح بذكر الأربع، ولم يصرح بذكرهن فيما تقدم، فلو قال لزوجته: أنت طالق وأراد بقلبه الإشارة بالطلاق إلى إصبعه دون زوجته لم يقبل منه في ظاهر الحكم، واختلف أصحابنا هل يدين في باطن الحكم فيما بينه وبين الله تعالى أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يدين فيه لاحتماله.

والثاني: وهو أصح: لا يدين فيه، ويلزمه الطلاق في الظاهر والباطن جميعاً لأمرين:

أحدهما: أن الإصبع لا يتوجه إليها طلاق انفصال، ولا طلاق تحريم.

والثاني: أنه أوقع طلاقاً على أن لا يكون طلاقاً فصار كقوله: أنت طالق إلا أنت، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ يُرِيدُ تَحْرِيمَهَا بِلَا طَلَاقٍ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ

يَمِينٍ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَرَّمَ جَارِيَتِهِ فَأَمَرَ بِكَفَّارَةِ يَمِينٍ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُمَا تَحْرِيمُ فَرْجَين حِلَّيْنِ بِمَا لَمْ يَحْرُمَا بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا قال الرجل لزوجته: أنت علي حرام، فإن أراد به الطلاق، كان طلاقاً يقع من عدده ما نواه، من واحدة أو اثنتين أو ثلاث، وإن لم ينوِ عدداً، كانت واحدة رجعية، وإن أراد به الظهار كان ظهاراً، وإن أراد به الإيلاء لم يكن إيلاءً، لأن الإيلاء يمين، لا ينعقد بالكناية وأن أراد يه تحريم وطئها لم يحرم، ولزمه كفارة يمين، وإن لم يكن له إرادة لم يتعلق به طلاق ولا ظهار ولا تحريم، وهل تجب به كفارة يمين أم لا؟ على قولين ذكرهما في «الإملاء»: ولو قال لأمته: أنت علي حرام، فإن أراد به عتقها، عتقت وإن أراد تحريم وطئها لم تحرم وكفر كفارة يمين، وإن لم يكن أراد، لزمته كفارة يمين قولاً واحداً.

ومن أصحابنا من قال على قولين كالحرة، ومنهم من خرج الحرة والأمة في وجوب الكفارة عند فقد الإرادة على ثلاثة أقاويل:

أحدهما: تجب في الحرة والأمة.

والثاني: لا تجب في الحرة ولا في الأمة.

والثالث: تجب في الأمة، ولا تجب في الحرة، لأن التحريم في الأمة أصل، وفي الحرة فرع ولا ينعقد به الأحوال كلها يمين، هذا مذهبنا.

وقد اختلف الصحابة ثم التابعون - رضي الله عنه - في لفظ التحريم الذي يوجب إذا فقدت فيه الإرادة على ثمانية أقاويل:

أحدها: ما حكي عن أبي بكر - رضي الله عنه - أنها يمين يجب بها إذا حنث كفارة يمين، وبه قالت عائشة والأوزاعي.

والثاني: ما حكي عن عمر - رضي الله عنه - أنها طلقة رجعية، وبه قال الزهري.

والثالث: ما حكي عن عثمان - رضي الله عنه - أنه يكون ظهاراً تجب به كفارة الظهار وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس، وبه قال: سعيد بن جبير وأحمد بن حنبل.

والرابع: ما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه يكون طلاقاً لا تحل منه إلا بعد زوج، وبه قال: زيد بن ثابت وأبو هريرة، وابن أبي ليلى ومالك.

والخامس: ما حكي عن ابن مسعود، وابن عمر، أنه تجب به كفارة يمين، وهو إحدى بروايتين عن ابن عباس وأحد قولي الشافعي، وبه قال إسحاق بن راهويه.

والسادس: ما حكي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، ومسروق أنه لا شيء فيه، قال أبو سلمة: ما أبالي حرمتها أو حرمت ماء البئر، وقال مسروق: ما أبالي حرمتها أو حرمت قصعة ثريد، وبه قال: الشعبي، وهو أحد قولي الشافعي.

والسابع: ما حكي عن النخعي أنها طلقة بائن، وبه قال: الحكم بن عيينة، وحماد بن أبي سليمان وسفيان الثوري.

والثامن: ما حكي عن أبي حنيفة: أنه يكون إيلاء، يؤجل فيه أربعة أشهر، فإن وطىء فعليه كفارة يمين، وإن لم يطأ حتى مضت أربعة أشهر طلقت طلقة بائنة، فيصير قوله موافقاً لقول أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ أنها يمين، ثم يزيد عليه بما يعلق عليها من حكم الإيلاء، ويقول إنه لو حرم طعامه أو ماله على نفسه كان يميناً يلزمه بها كفارة يمين ولا يلزمه عند الشافعي، بتحريم طعامه وماله كفارة.

واستدل أبو حنيفة على أن التحريم يمين يوجب ما ذكره من الإيلاء والكفارة بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝١ قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡۚ﴾ [التحريم: ١، ٢]. فكان استدلالاً بذلك من وجهين:

أحدهما: أن الذي حرمه على نفسه مختلف فيه، فحكى عروة وابن أبي مليكة، أنه حرم العسل على نفسه لأنه كان يشربه عند بعض نسائه، فقالت الباقيات: نجد منك ريح المعافير، والمعافير صمغ العرفط، لأن من النحل ما يكون يرعاه، فيظهر فيه ريحه، وكان يكره ريحه، فحرمه على نفسه ثم كفَّر.

وحكى الحسن وقتادة، أنه حرم مارية على نفسه، لأنه كان خلا بها في منزل حفصة، فغارت فحرّمها ثم كفَّر، فدل على وجوب الكفارة في الإماء والطعام، وكفارة اليمين تجب في الإماء.

والثاني: أن الله تعالى قال: ﴿**قد فرض لكم تحلة أيمانكم**﴾ فدلّ بهذا النص على أن التحريم على يمين، وبما روى ابن عباس عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنهما، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْحَرَامُ يَمِينٌ تُكَفَّرُ»(١) وهذا نص.

ولأن ما أوجب كفارة اليمين في الزوجة والأمة، كانت يميناً توجب الكفارة في الطعام والمال كالحلف بالله تعالى.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ﴾ فأنكر الله

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٩٧٦).

تعالى على نبيّه ﷺ ما أحله له، فدل على أن التحريم لم يقع فبطل به قول من جعله طلاقاً وظهاراً، وقوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ دليل على أنه حرم ما أحل الله له، بيمين حلف بها، فعوتب في التحريم، وأمر بالكفارة في اليمين، ولم يكن التحريم يميناً، لأن اليمين إنما يكون خبراً عن ماض ووعداً بمستقبل، فلم يجز أن يكون يميناً، ويدل على ما قلناه ما روي عن عائشة رضي الله عنها ـ قالت: آلَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ نِسَائِهِ شَهْراً، وَحَرَّمَ جَارِيَتَهُ يَوْماً بِيَمِينٍ، وَكَفَّرَ عَنْ تَحْرِيمِهِ[1]. فبطل بهذا أن يكون التحريم يميناً، أو يصير مؤلياً، وأخبرت أنه كفر عن تحريم الجارية دون العسل، ويدل عليه من طريق الاعتبار، أن كل لفظ عربي عن اسم لله تعالى وصفته لم تنعقد به اليمين، قياساً على كنايات الطلاق والعتاق وسائر الكلام.

فأما الجواب عن الآية فهو ما قدمناه من الاستدلال بها، وقد روى الحسن وقتادة والشعبي أنه حرم مارية عن نفسه بيمين حلف بها.

وأما حديث ابن عباس عن عمر، فقد رواه عبد الله بن محرز عن قتادة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس، وقد ذكر الدارقطني أن ابن محرز ضعيف، ولم يروه عن قتادة على أنه يحمل قوله: «الْحَرَامُ يَمِينٌ تُكَفَّرُ»، أي في الحرام كفارة يمين، وأما القياس بالمعنى في الأصل أنه خالف الله تعالى فانعقدت به اليمين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ كُلُّ مَا أَمْلِكُ عَلَيَّ حَرَامٌ يَعْنِي امْرَأَتَهُ وَجَوَارِيَهُ وَمَالَهُ كَفَّرَ عَنِ الْمَرْأَةِ وَالْجَوَارِي كَفَّارَةَ يَمِينٍ وَاحِدَةٍ وَلَمْ يُكَفِّرْ عَنْ مَالِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا حرم على نفسه ما يملك من نسائه وجواريه وأمواله، فلا كفارة عليه في الأموال لما ذكرنا، وأنه لا حرمة له ولا تغليظ ولا حد في تناول محظوره، وأما نساؤه وجواريه، فإن أراد تحريم وطئهن لزمته الكفارة، وفيها قولان: أحدهما: وهو قوله في القديم، وظاهره نصه ها هنا، عليه كفارة واحدة، لأن لفظة التحريم واحدة.

والقول الثاني: عليه لكل واحدة من نسائه وجواريه كفارة، اعتباراً بأعدادهن، لأن كل واحدة منهن محرمة، ومثله من ظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة كان فيما يلزمه من الكفارة قولان:

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٢١٣١) وليس فيه «وحرم جاريته يوماً بيمين، وكفر عن تحريمه» وأحمد في مسنده (٢٤٠٩٦).

أحدهما: كفارة واحدة، لأن اللفظة واحدة.

والثاني: أربع كفارات، باعتبار أعدادهن لأن كل واحدة منهن محرمة أنه مظاهر من كل واحدة منهن.

وهكذا من قذف جماعة بكلمة واحدة، كان فيما يلزمه من الحد قولان:

أحدهما: حد واحد، لأن اللفظة واحدة.

والثاني: يحد لكل واحد حد، لأنه مقذوف في عيشه.

وأما إذا حرمهن غير مريد لتحريم وطئهن، ففي وجوب الكفارة قولان: على ما مضى:

أحدهما: لا كفارة فيه، ويكون لفظ التحريم كناية في وجوب الكفارة، لا يتعلق به مع فقد الإرادة حكم.

والقول الثاني: أنه صريح في وجوب الكفارة مع فقد الإرادة، فيجب عليه به الكفارة. واختلف أصحابنا فيما يلزمه منها، فمذهب جمهورهم إلى أنها على قولين كما لو أراد به تحريم وطئهن:

أحدهما: كفارة واحدة.

والثاني: بأعدادهن.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا تجب عليه كفارة واحدة، قولاً واحداً، وفرق بينهما بأنه في إرادة التحريم، يحرم لكل واحدة منهن، فجاز اعتبار الكفارة بأعدادهن، ومع فقد الإرادة، فالحكم في الكفارة متعلق باللفظ دونهن، فلم يكن لاعتبار عددهن وجه، فلزمه كفارة واحدة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المزني: «وَقَالَ فِي الإِمْلَاءِ وَإِنْ نَوَى إِصَابَةً قُلْنَا أُصِيبْ وَكَفِّر».

قال الماوردي: إنما أراد الشافعي بهذا، وأن جوز تقديم الكفارة في تحريم الوطيء.

الفرق بينه وبين الظهار لأنه في الظهار تجب عليه تقديم الكفارة على الوطء، ويعطي الله تعالى إن أخرها، لقول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣] ويجوز له في تحريم الوطء أن يقدم الإصابة ويؤخر الكفارة، وإن تقدم وجوبها على الإصابة، وجاز تعجيلها لأنها غير مقيدة بشرط.

فصل

فلو قال لنسائه: أنتن علي حرام يريد تحريم وطئهن، إن أصابهن فلا كفارة عليه في الحال حتى يصيبهن، لأنه جعل التحريم مشروطاً في نيته بإصابتهن، فإذا أصابهن وجبت الكفارة عليه حنيئذٍ ويقبل ذلك منه في الظاهر والباطن، بخلاف ما ينويه من شروط الطلاق، الذي يقبل منه في الباطن دون الظاهر، لأن هذا مما يختص بوجوب الكفارة التي هي من حقوق الله تعالى التي يدين فيها، فاستوى فيها حكم الظاهر والباطن، وليس كالكلام الذي يتعلق به حق لآدمي، فجاز أن يختلف فيه حكم الظاهر والباطن، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِي: «وَلَوْ قَالَ كَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ فَهُوَ كَالْحَرَامِ».

قال الماوردي: إذا قال لزوجته أو لأمته: أنت عليه كالميتة والدم، أو كلحم الخنزير، فهذا قد يستعمل في كنايات الطلاق والظهار والعتق، فإن أراد به طلاقاً أو ظهاراً أو عتقاً صح، وإن لم يرد به ذلك فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام.

أحدها: أن يريد به تحريم الوطيء، فيكون كناية فيه فتجب به الكفارة، لأنه إذا كان كناية في الطلاق فأولى أن يكون كناية في تحريم الوطء تجب به الكفارة، وإن لم يقع به التحريم، كقوله أنت عليّ حرام، يريد تحريم الوطء.

والقسم الثاني: أن يريد به لفظ التحريم، فيجعله قائماً مقام أنت علي حرام، فإن قلنا إن الحرام صريح في وجوب الكفارة، كان هذا كناية عنه، لأن الصريح يكنى عنه، فيصير بالنية جارياً مجرى قوله: أنت علي حرام، فتكون الكفارة به واجبة، وإن قلنا إن الحرام كناية في الكفارة لا يتعلق به مع فقد الإرادة حكم، فلا شيء عليه في هذا، لأن الكناية ليس لها كناية.

والقسم الثالث: أن لا يريد شيئاً فلا شيء عليه، لأن الكناية مع فقد الإرادة لا يتعلق بها حكم، والله أعلم بالصواب.

فصل

وإذا قال لزوجته وهي محرمة، أو حائض أو في عدة عن طلاق رجعي، أو في ظهار لم يكفر عنه: أنت عليّ حرام، يريد تحريم وطئها لم تجب عليه كفارة، لأن وطأها محرم عليه، وهكذا لو قال لأمته، وقد زوجها أو كاتبها: أنت عليّ حرام، يريد تحريم وطئها، لم تلزمه الكفارة، لأن وطئها محرم عليه، وإن قال ذلك لهما: وهما على الحال التي ذكرنا، لا يريد تحريم وطئها، فإن جعلنا اللفظ صريحاً في وجوب الكفارة وجبت عليه، لأن الحكم يصير معلقاً باللفظ وأن جعلناه كناية فيهما، لم تجب عليه.

فصل

وإذا قال لزوجته: فرجك عليّ حرام أو قال: رأسك عليّ حرام فهما سواء وليس لذكر الفرج زيادة حكم، لأنه بعضها كرأسها، فدخلا في قوله: أنت عليّ حرام، فجرى عليه حكمه وإن كان لفظ التحريم أعم، فإن أراد بتحريم الفرج والرأس تحريم الوطء، لزمته الكفارة وإن لم تكن له إرادة فعلى قولين، ولو قال بطنك عليّ حرام، كان صريحاً في وجوب الكفارة لانتفاء الاحتمال عنه.

فصل

ولو قال: أنت عليّ حرام طالق، ولا نية له طلقت، ولم تلزمه الكفارة، وصار ما تعقب التحريم من الطلاق تفسيراً له، ولو قال: أنت عليّ حرام وأنت طالق، لم يصر الطلاق تفسيراً لاستئنافه بلفظ مبتدأ، ولزمته الكفارة في التحريم، على أحد القولين.

ولو قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، ولا نية له، كان مظاهراً ولم تلزمه بالتحريم كفارة، لأنه قد تفسر إطلاقه، بقوله: كظهر أمي، فيكون ظهاراً، ولا يكون طلاقاً.

والثاني: أن يريد، الطلاق بقوله: أنت عليّ حرام، فيكون مطلقاً مظاهراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَأَمَّا مَا لَا يُشْبِهُ الطَّلَاقَ مِثْلُ قَوْلِهِ بَارَكَ اللَّهُ فِيكِ أَو اسْقِينِي أَوْ أَطْعَنِينِي أَوْ ارْوِينِي أَوْ زَوِّدِينِي وَمَا أَشْبهَ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ وَإِنْ نَوَاهُ وَلَوْ أَجَزْتُ النِّيَّةَ بِمَا لَا يُشْبِهُ الطَّلَاقَ أَجَزْتُ أَنْ يُطَلِّقَ فِي نَفْسِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الألفاظ في الطلاق تنقسم ثلاثة أقسام: صريح وقد مضى، وكناية وقد تقدم، وما ليس بصريح ولا كناية، وهو هذا، كقوله: أطعميني أو اسقيني أو زوديني وما أحسن عشرتك وما أظهر أخلاقك، وما جرى مجرى هذه الألفاظ التي توضع للفرقة ولا تتضمن معنى البعد، فلا يقع بها الطلاق، سواء نواه أو لم ينوه، لأن الطلاق لوقوع بما لا يتضمن معنى الفرقة، لوقع بمجرد النية، وقد رددنا على مالك في إيقاعه الطلاق بمجرد النية، في إحدى الروايتين عنه، وهو قول محمد بن سيرين.

فأما إذا قال لها: اطعمي أو أشربي، كان كناية يقع به الطلاق، إذا نواه.

وقال أبو إسحاق المروزي: لا يكون كناية، كما قال اطعميني واسقيني، وهذا فاسد لأن قوله اطعمي واشربي، يتضمن معنى البعد، لأن معناه اطعمي مالَكِ واشْرَبي شرابك وهي تفعل ذلك في الأغلب، إذا خلت من زوج، وقوله: اطعميني واسقيني، إذناً لها وتقريب،

فجرى هذا مجرى قوله اقري، وليس بكناية وجرى ذلك مجرى قوله اذهبي، وهي كناية، ولو قال: تجرعي وتفصصي، كان كناية، وافق عليه أبو إسحاق، ولو قال: جرعيني وغصصيني كان فيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لا يكون كناية، كما لو قال: اطعمين واسقيني.

والثاني: يكون كناية، لأن معناه جرعني فرقاك، وغصصتيني لبعادك، ولو قال لها: بارك الله فيك، لا يكون كناية، ولو قال: بارك الله لك، كان كناية، والفرق بينهما ما ذكرناه.

فصل

وأما إذا قال لها: أنت الطلاق، فقد اختلف أصحابنا، هل يكون صريحاً، لأن الطلاق صريح، فعلى هذا يطلق واحدة، إلا أن يريد أكثر منها.

والوجه الثاني: تكون كناية، لأنها في نفسها لا تكون طلاقاً، وإنما يقع الطلاق عليها إذا أوقعه، فلذلك صار كناية فيرجع فيه إلى إرادته، فإن لم يرد به الطلاق لم يقع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لِلَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلسُّنَّةِ وَقَعْنَ مَعاً».

قال الماوردي: أما إذا طلق غير المدخول بها ثلاثاً، طلقت ثلاثاً وهو قول الجمهور، وقال عطاء بن يسار: والمغربي تطلق واحدة، لأنها قد بانت بقوله: أنت طالق، فلم يقع عليها بعد البينونة بقوله ثلاثاً شيء، وهذا فاسد، لأن وقوع الثلاث هو بقوله: أنت طالق، لاحتماله العدد، وقوله ثلاثاً تفسيراً منه للعدد المراد بقوله: أنت طالق، ولذلك جاء به منصوباً، لكونه تفسيراً، كما لو قال له: علي عشرون درهماً، صار الدرهم لكونه منصوباً، تفسيراً للعدد كذلك الثلاث تفسيراً للعدد.

وقد حكي عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن غير المدخول بها، إذا طلقت ثلاثاً، قال عطاء بن يسار: فقلت ولاثنتين، فقال عبد الله بن عمر: وأما هي الواحدة بينتها، والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجاً غيره.

فصل

فإذا تقرر أن طلاق الثلاث: يقع على غير المدخول بها، كوقوعه على المدخول بها فقال لها وهي غير مدخول بها: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وقعن معاً في الحال، على أي حال

كانت من حيض أو طهر، لأننا قد ذكرنا أن غير المدخول بها، لا سنة في طلاقها ولا بدعة، وليس عندنا في عدد الطلاق سنة ولا بدعة، وعند أبي حنيفة، أنها تطلق واحدة تبين بها ولا يقع عليها غيرها بناء على أصله، في أن طلاق الثلاث بدعة، وأن السنة فيه، أن تقع في كل قرء طلقة، وهي بالطلقة الأولى قد بانت، فلم يقع عليها غيرها، وقد مضى الكلام معه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَعَتِ الأُولَى وَبَانَتْ بِلَا عِدَّةٍ. واللَّهُ سُبْحانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ».

قال الماوردي: وهذا في غير المدخول بها، إذا قال لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، مريداً بالثانية والثالثة الاستئناف، طلقت واحدة باللفظ الأول، ولم تقع بالثانية والثالثة لأنها بالأولى بانت.

وقال مالك: تطلق ثلاثاً إذا قال لها: متصلاً لأن بعض الكلام مرتبط ببعض، وحكم أوله موقوف على آخره، فجرى مجرى قوله: أنت طالق ثلاثاً، وهذا فاسد، لأنه طلاق مرتب قدم بعضه على بعض فإذا وقع ما تقدم منه منع من وقوع ما تأخر عنه، وخالف قوله: أنت طالق ثلاثاً، لأنهن وقعن معاً باللفظ الأول من غير ترتيب، وحكي عن الشافعي في القديم: إنها تطلق ثلاثاً كقول مالك فخرجه ابن أبي هريرة قولاً ثانياً، وأباه سائر أصحابنا وجعلوه جوابه عن مالك.

فصل

فإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق طلقتين ونصفاً، طلقت طلقتين ولم تقع عليها الثالثة لانفرادها عن ما قبلها بواو العطف، ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف واحدة، طلقت ثلاثاً لأن الباقي بعد الاستثناء، طلقتان ونصف بكلمة واحدة فكملت ثلاثاً.

فصل

فإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق واحدة بعدها واحدة، فهي طالق واحدة ليس بعدها شيء، لأنها قد بانت بالواحدة. ولو قال لها: أنت طالق واحدة قبلها واحدة ففيه وجهان:

أحدهما: لا طلاق عليه، لأن وقوع الطلاق عليها يوجب وقوع طلقة قبلها ووقوع ما قبلها يمنع من وقوعها، فاقتضى تنافي الدور وإسقاط الجميع.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنها تطلق واحدة ليس قبلها شيء، لأن وقوع ما قبلها موجب لإسقاطها، وإسقاط ما قبلها يوجب إثباتها، وإسقاط ما قبلها، ولو قال أنت طالق واحدة معها واحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق طلقتين، لأنهما يقعان معاً لا تتقدم إحداهما على الأخرى، فصار كقوله: أنت طالق طلقتين.

والوجه الثاني: وهو قول المزني أنها تطلق واحدة، ليس معها شيء، لأنه قد أفردها، فصار كقوله: أنت طالق واحدة بعدها واحدة.

فصل

ولو قال لها وهي غير مدخول بها: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة، ثم قال لها: إذا دخلت فأنت طالق ثنتين، فدخلت الدار، طلقت ثلاثاً لوقوعهن معاً في حالة واحدة.

فصل

ولو قال: إذا دخلت الدار، فأنت طالق واحدة، معها واحدة، فدخلت الدار، طلقت ثنتين لوقوعهما معاً، ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة، بعدها واحدة طلقت بدخول الدار واحدة، ليس بعدها شيء، لأنه رتبهما. ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة قبلها واحدة، كان على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: أنها لا تطلق بدخول الدار أصلاً.

والثاني: تطلق واحدة ليس قبلها شيء.

ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالق، فدخلت الدار ففيه وجهان:

أحدهما: أن يقع عليها بدخول الدار طلقتان، لأن كل واحدة منهما تقع بدخول الدار من غير ترتيب.

والوجه الثاني: لا يقع عليها إلا طلقة واحدة، كما لو قال لها مواجهة: أنت طالق وطالق، لم يقع عليها إلا واحدة، وهذا فاسد لأنه في المواجهة يترتب وفي تعليقه بدخول الدار غير مرتب ولعل قائل هذا الوجه، أوقع الوحدة، لأن المواجهة عنده، توجب الترتيب والله أعلم.

باب طلاق الوقت وطلاق المكره[1]

مسألة: قال: وأيُّ أجلٍ طلّقَ إليهِ لم يلزمْهُ قبلَ وقتِهِ.

إذا علق طلاقها بصفة تعلق بها سواء، كانت الصفة قد توجد وقد لا توجد كقوله: إذا كلمتِ زيداً فأنت طالق ونحوه. أو كانت الصفة توجد لا محالة، مثل قوله: إذا طلع الفجر أو الشمس أو أهل الهلال فأنت طالق ولا يسبق الطلاق الصفة بحال. وبه قال: جمهور العلماء، وقال مالك: إذا علقه بصفة توجد لا محالة يقع الطلاق في الحال، وبه قال: الزهري وسعيد بن المسيب والحسن، واحتجوا بأن النكاح لا يكون مؤقتاً بالزمان لأنه لا يجوز أن يتزوجها شهراً للنهي عن نكاح المتعة ولأنه عزم على إيقاع اطلاق لا محالة فوقع وهذا غلط لأنه علق الطلاق بصفة صحيحة. فلم يقع قبل وجودها، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. وكما لو علق بموت زيد لا يقع قبله، وإن كان الموت كائناً لا محالة ولأنه إذا ثبت فيه الأجل المجهول فالأجل المعلوم أولى ولأن في تعليق العتق لا فرق بين الصفتين كذلك هاهنا، وأما ما ذكروا لا يصح لأن المتعة إنما تكون بشرط التأقيت في عقده، ولم يوجد ذلك هاهنا، وأما العزم على الطلاق لا يوقع الطلاق على ما تقدم بيانه.

فرع

لو قال: أنت طالق بعد شهر أو إلى شهر، وسئل ابن عباس: عن الرجل يقول: أنت طالق إلى سنة قال: هي امرأته إلى سنة.

وقال أبو حنيفة: إن قال: إلى شهر وقع في الحال لأنه جعل ذلك أجلاً لمدة الطلاق لا شرطاً في وقوعه [أ/ ١] وهذا غلط بل كلاهما شرط لأنه لا فرق بين قول القائل أنا خارج بعد شهر، أو أنا خارج إلى شهر في أن الشهر أجل لخروجه، ولأن كلمة إلى تستعمل في إنتهاء الفعل كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾ [البقرة:١٨٧] فلا يقع مع الاحتمال.

فرع آخر

لو قال لها: إذا جاء رأس الشهر فأنتِ طالق، ثم قال لها: عجلت لكِ الطلقة التي طلقتكها مما ذكره الشافعي في الإملاء كان ما يدل على أنه إن أراد تعجيل تلك الطلقة لم

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ١٩٢).

تتعجل ولا يقع الطلاق في الحال بل تطلق عند مجيء الشهر، وإن لم يرد تعجيل ذلك بل أوقع الطلاق في الحال وقع في الحال وفي رأس الشهر طلقة أخرى.

مسألة قال: لو قالَ: في شهرِ كذا أو في غرةِ هِلالِ كذا طلقتْ في المَغيبِ من الليلةِ التي رُؤي فيها هلالُ ذلكَ الشهرِ.

إذا قال: أنت طالق في شهر رمضان طلقت في أول جزء من الشهر وهو إذا غربت الشمس من آخر يوم شعبان لأنه لم يخص وقتاً من وقت فوجب أن يقع في أوله حتى تكون في جميع الشهر طالق وقال أبو ثور: طلقت عند انقضائه واحتج بأنه يحتمل وقوعه في أوله وآخره فلا نوقعه بالشك وهذا غلط لما ذكرنا ولأن الطلاق المعلق بالصفة يقع بأول وجود الصفة كما لو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت يقع في أول دخول الدار، وإن لم يتوسطها، ولو قال: أردت ما قال أبو ثور أو وقوعه في أول يوم منه لم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر ودُيّن فيما بينه وبين اللّه تعالى لأنه يحتمل لأن الشهر كله ظرف للوقوع وبه قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: يقبل في الحكم[1] وقال أنت طالق في غرة هلال رمضان أو في غُرة رمضان[2]. [ب/ ١] الهلال أو في دخول شهر رمضان أو في استقباله وقع الطلاق أيضاً مع أول جزء من أول ليلة منه، فإن قال: أردت به في اليوم الأول منه أو في آخر يوم منه لم يقبل هاهنا فيما بينه وبين اللّه تعالى لأنه لا يحتمل ما نواه إلا في الغرة فإنه يقال ثلاث ليالٍ من أوله غرة يقبل فيما بينه وبين اللّه تعالى إلى ثلاثة أيام في الغرة ولا يقبل فيما بعدها بحال، ولو قال في أول شهر رمضان. وقال: أردت أن تكون طالقاً في آخره لم يدين أصلاً لأن آخره لا يطلق عليه اسم أوله، ولو قال: في آخر يوم من أوله من أوله دين لاحتماله فإنه من أوله ولو قال: أردت في آخر النصف الأول منه هل يدين فيه أم لا؟ فيه وجهان.

فرع

لو قال: أنت طالق في مستهل شهر رمضان طلقت بغروب الشمس في أول ليلة منه، ولو أراد به ما بعد اليوم الأول منه لم يدين، وإن أراد اليوم الأول إلى آخره دين فيه لأنه مستهل أيامه.

---

(١) سواد في الأصل.

(٢) سواد في الأصل.

فرع آخر

قال في «البويطي» لو قال: أنت طالق إلى الهلال فليس عليه شيء حتى يهل الهلال إلا أن يكون نوى أنتِ طالق من الساعة إلى الهلال فتطلق من ساعته وظاهره أنه لا يمنع من وطئها قبله، وقال مالك: يمنع من الوطء وكذلك في كل يمين على فعل يفعله يمنع من الوطء حتى يفعله لأن الظاهر أنه على حنث ما لم يفعل وهذا غلط لأنه لم يقع الطلاق فلا يمنع من الوطء لليمين كما لو حلف لا يفعل كذا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في غدٍ كانت طالقاً إذا دخل أول ذلك وهذا خلاف قوله امرأته طالق إن لم أقصد في شعبان كان له شعبان كله لأن ما بقي من شعبان شيء فهو من الوقت الذي وقت. وكذلك لو قال: أنت طالق يوم كذا كانت طالقاً في أوله حين يطلع الفجر، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يقع إلا في آخر أجزاء ذلك اليوم وهذا غلط لأنه لو قال: أنت [أ/ ٢] طالق في غدِ اليوم يقع الطلاق، وإن لم يمض اليوم كذلك هاهنا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في انسلاخ شهر رمضان أو مضي شهر رمضان أو نفاذ شهر رمضان طلقت لغروب الشمس من آخر يوم من الشهر لأن انسلاخه وانقضائه به، وقيل: إذا قال في سلخ شهر كذا ففيه أوجه: أحدها: هذا، والثاني: يقع قبل انقضائه بثلاثة أيام لأنها للسلخ كالغرة ثلاثة أيام من أوله والثلاث إذا مضى جزء من الشهر يقع فإنه إلى الانسلاخ ذكره صاحب التقريب وليس بشيء.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في أول آخر شهر كذا طلقت في اليوم الآخر من الشهر إذا طلع الفجر فإن كان الشهر تاماً طلقت في أول يوم الثلاثين، وإن كان ناقصاً طلقت في أول اليوم التاسع والعشرين لأن للشهر أولاً وآخراً، فأوله أول يوم منه وآخره آخر يوم منه، وقال ابن سريج: طلقت في أول الجزء من ليلة السادس عشر منه لأنه آخر الشهر هو النصف الثاني منه فأوله أول جزء منه، ولو كان بالضد من هذا فقال: أنت طالق في آخر أول شهر كذا فعلى الوجهين أيضاً عند ابن سريج يقع عند انسلاخ الخامس عشر من الشهر لأنه آخر أوله وعند سائر أصحابنا وهو الصحيح يقع عند انقضاء أول يوم من الشهر لأنه آخر أوله، وقيل: عند انقضاء الليلة الأولى من الشهر في آخر الليلة. ولو قال: أنت طالق في آخر أول الشهر

فعلى قول ابن سريج: تطلق عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر لأن عنده إن أول آخر الشهر أول الليلة السادس عشر فكان آخرها طلوع الفجر من يومها والثاني تطلق بغروب الشمس في آخر يوم منه لأن أول آخره على هذا الوجه طلوع الفجر من آخر أيامه وكان آخره غروب شمسه [٢/ ب].

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في أول آخر أول الشهر فيه وجهان: فعلى قول ابن سريج تطلق بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر لأن آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر فكان أوله طلوع فجره، والثاني تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر لأن آخر أول الشهر غروب الشمس من أول أيامه فكان أوله طلوع الفجر.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في شهر قبل ما بعد قبله رمضان، قال بعض أصحابنا: يقع في رجب، وقال بعضهم: يقع في شوال وهو الأظهر، وقال بعضهم: يقع في شعبان واختاره القاضي الطبري.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق اليوم أو غداً طلقت في غد لأنه يقين ولو قال: أنت طالق اليوم وغداً طلقت واحدة في الحال ورجعنا إلى بيانه في غدٍ، فإن أراد وقوع أخرى فيه طلقت أخرى، وإن أراد وقوع طلقة في هذين اليومين لم تطلق إلا واحدة، وإن أراد به تأخير الطلاق من اليوم إلى غدٍ لم يقبل في الحكم ودين فيما بينه وبين اللّه تعالى، وإن لم يكن له إرادة فيه وجهان **أصحهما** وهو قول العراقيين: لا تطلق إلا واحدة في اليوم، **والثاني**: تطلق في اليوم واحدة وفي غدٍ أخرى لأنه معطوف على اليوم فجرى فجرىٰ حكمة تسوية بين المعطوف والمعطوف عليه.

فرع آخر

لو قالَ: أنتِ طالقٌ في اليوم بعضَ تطليقةٍ وفي غدٍ بعضَ تطليقةٍ طُلقتْ في اليوم واحدة ثم إن أراد الباقي من التطليقة الأولى في غدٍ لم تطلق في غدٍ لأنه تعجل باقيها بالتكميل في اليوم، وإن أراد بعض تطليقة أخرى طلقت في غدٍ تطليقة ثانية تحميلاً للبعضين، وإن لم يكن

له إرادة فيه وجهان: [٣/أ] أحدهما: لا تطلق إلا واحدة لأنها تعين. والثاني: تطلق تطليقتين واحدة في اليوم وأخرى في غدٍ.

مسألة: قال: ولو قالَ: إذا رأيتُ هلالَ شهرِها أحنث إذا رآه غيره[١].

إذا قال: إذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق، فإن رآه بنفسه طلقت، وإن رآه غيره طلقت أيضاً. وقال أبو حنيفة: لا تطلق ما لم يره بنفسه، وهذا غلط لأن رؤية الهلال في الشرع عبارة عن العلم به ومطلق الإيمان يحمل على ما يعود في الشرع بدليل أن النبي ﷺ قال: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته»[٢] وأجمعوا أن المراد به العلم، وكذلك عرف الناس في ذلك أنهم يريدون به الهلال نفسه لا رؤيته ببصره وهذا كما يقول القائل: ما رأيت أعجب من هذا ولا يريد رؤيته ببصر بل يريد علمه بوقوعه.

فرع آخر

لو رأى الهلال في آخر يوم شعبان قبل غروب شمسه أشار الشافعي في «الأم» إلى أنه لا يقع الطلاق قبل غروب الشمس لأن هلال الشهر في أول ليلة منه وما قبل الغروب ليس بهلال الشهر ولهذا لا يفطرون لرؤيته، وقال في «الحاوي»: فيه وجهان أحدهما: منها[٣]، والثاني: يحنث لأنه هلال شهر رمضان وإن تقدمه.

فرع آخر

لو لم ير الهلال وعلم دخول الشهر بالعدد مثل أن غمَّ عليهم وقع الطلاق لأنه دون الهلال في الشرع أعني بأنه العلم بدخول الشهر ذكره ابن إسحاق.

فرع آخر

لو لم ير الهلال في أوله حتى صار قمراً وأراد دون نفسه فلم ير حتى صار قمراً فيه وجهان: أحدهما: أن يحنث تغليباً للإشارة إلا أن يريد حقيقة الاسم، والثاني لا يحنث

---

(١) العبارة غير واضحة في الأصل.

(٢) أخرجه البخاري في الصوم، باب قول النبي إذا رأيتم الهلال فصوموا (١٩٠٩)، ومسلم في الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (١٠٨١)، والترمذي في الصوم عن رسول الله، باب ما جاء أن الصوم لرؤية الهلال والإفطار له (٦٨٨)، والنسائي في الصيام، باب إكمال شعبان ثلاثين إذا كان غيم (٢١١٧).

(٣) الكلمة غير واضحة في الأصل.

اعتباراً لحقيقة الاسم إلا أن يريد الإشارة [٣/ب] وهذا اختيار القفال، وإن أراد هلالاً ما يحتمل أن يطلق وإن رأى بعدما صار قمراً.

فرع آخر

لو رأى صورة الهلال في الماء لا تطلق.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في أنه متى يصير الهلال قمراً؟ فمنهم من قال: يصير قمراً بعد ثلاث أيام وهو الذي ذكره القفال. والثاني: يصير قمراً إذا استدار.

فرع آخر

لو قال: أردت رؤيته بنفسي لا يقع الطلاق ما لم يراه هو بنفسه ويقبل قوله في الحكم والباطن لأن الشافعي قال: إلا أن يريد رؤية نفسه، وقال القفال: فيه وجهان أحدهما: هذا، والثاني لا يقبلها الحكم وهذا ضعيف.

فرع آخر

قال القفال: لو قال بالفارسية: كرماه سينم لا يقع الطلاق إلا أن يرويه نفسه إذا كان بصيراً لأنه لا ينطلق إلا على الرواية بنفسه نفسها وفيه وجه ظاهر أنه لا فرق بين لغة الفارسية والعربية باكتفاء الناس فيه برواية الناس.

مسألة: قالَ: ولو قالَ: إذا مضتِ سنةٌ وقدْ مضىٰ مِنَ الهلالِ خَمْسٌ لم تَطلقْ حتّىٰ يمضيَ خمسٌ وعشرون ليلةٌ[1].

الفصل

إذا قال: إذا مضت سنة فأنت طالق تعلق ذلك بالسنة الشرعية وهي إثنا عشر شهراً كل ما بين الهلالين شهر سواء كان ناقصاً أو تاماً ثم ينظر في يمينه، فإن وافق غيره هلال شهر من السنة عددت إثنا عشر شهراً، فإذا انقضت وقع الطلاق، وإن وافق وقت يمينه في أثناء الشهر كان حلف وقد مضى منه خمس ليالٍ فهذا الشهر محسوب بالعدد لتعذر اعتبار الهلال فيه فيعد ما بقي منه فيضبطه حتى يضيف إليه [٤/أ] تمام ثلاثين يوماً بعد مضي أحد عشر

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/١٩٦).

شهراً بالأهلة، فإن كان الباقي من شهر الطلاق خمسة وعشرون يوماً أضاف بعد أحد عشر شهراً خمسة أيام، وإن كان الباقي أربعة وعشرين يوماً أضاف بعد أحد عشر شهراً ستة أيام، وقال أبو حنيفة: يتقدر ثلاثمائة وستين يوماً لأنها أيام السنة عرفاً وهنا غلط لا ما يقدر بالشهور لا يراعى فيه كمال الأيام فيما يتعلق بالسنين لا يراعى فيه كمال الشهور.

فرع آخر

لو قال: إذا مضت السنة بالألف واللام فأنت طالق يحل على السنة العربية حتى لو قال هذا في ذي الحجة ثم أهل هلال المحرم طلقت وهو كقوله: إذا مضى اليوم فأنت طالق يحمل على باقي اليوم، ولو قال: أردت سنة كاملة يدين ولا يقبل في الحكم، ولو قال في الليل: إذا مضى يوم فأنت طالق، فإذا أمسىٰ من غدٍ تلك الليلة طلقت، وإن قال: ذلك بالنهار لا تطلق حتى يمضي باقي النهار، ثم تمضي الليلة ثم يمضي من الغد قدراً يصل إلى تلك الساعة التي قال فيها فحينئذٍ تطلق.

فرع آخر

لو شك في وقت عقده لهذا الطلاق هل كان أول الشهر أو بعد عشر مضت منه؟ لم يلزمه الطلاق إلا بعد مضي عشر من الشهر الثالث عشر لأن الطلاق لا يقع بالشك، وهل يحرم عليه في هذا الشهر وطئها؟ وإن لم يقع طلاقها فيه وجهان أحدهما: هو الأظهر لا يحرم. والثاني: يحرم للشك في إباحتها كما لو اشتبهت زوجته بأجنبية ذكره في الحاوي.

فرع آخر

لو قال في المسألة الأولى: أردت السنة العددية لم يقبل في الحكم عندنا ذكره في الحاوي، ويحتمل عندي أن يقبل في الحكم لأنه مشهور العرف. [٤/ب] كما قال أبو حنيفة رحمه الله.

فرع آخر

ذكر الشافعي رحمة الله عليه في المسألة الأولى وقد مضى من الهلال خمس ولا فرق بين أن يمضي منه أقل من ذلك وأكثر إلا أن يكون قد مضى جزء يسير مما لا يمنع وقوع اسم الشهر عليه فلا يمنع ذلك احتسابه شهراً وحمل ذلك القدر والاعتبار بالهلال ذكره بعض أصحابنا وهو حسن.

مسألة: قالَ: لو قالَ لها: أنتِ طالقٌ للشهرِ الماضي طلقتْ مكانَهُ.

الفصل

إذا قال أنت طالق تمام أول الشهر الماضي أو في الشهر الماضي أو أنت طالق أمس فيه خمس مسائل **إحداها**: أن يقول: أردت أن أوقع الطلاق الآن ويكون الوقوع أمس قال الشافعي: طلقت بالحال لأنه وصف الطلاق بما لا يتصف به فلَغَت الصفة.

وقال الربيع في قول آخر: لا يقع الطلاق لأنه أوقع الطلاق على وجه محال واختلف أصحابنا فيها على طريقين فقال ابن خيران: المسألة على قولين كما قال الربيع لأن الشافعي قال: إذا قال لها: إن صعدت السماء فأنت طالق لم يقع الطلاق، وقال: هاهنا يقع فنقل جوابه من صعود السماء إلى هاهنا فقال هذه على قولين وقال في صعود السماء المسألة على وجهين: المنصوص: لا تطلق وفيه وجه منقول من هاهنا أنها تطلق وقيل: الوجهان في الصعود فإن قال: إن أحييت ميتاً يقع لأن الإحياء لا يدخل تحت قدرتها بخلاف الصعود والطيران. وقال عامة أصحابنا هاهنا يقع الطلاق قولاً واحداً، وما ذكره الربيع مذهبه وفي صعود السماء لاتطلق قولاً واحداً لأن استحالة صعوده بخلاف العادة لا لأنه غير داخل في القدرة ولذلك صارت صفة معتبرة لا يقع الطلاق بإلغائها وإيقاع الطلاق الحادث في الزمان [٥/أ] الماضي يستحيل لخروجه عن القدرة فصارت الصفة ملغاة والطلاق فيه واقعاً ويمكن أن يقال: إيقاعه الطلاق في الزمان الماضي يتضمن وقوعه في المستقبل وذلك غير محال.

والثانية: أن نقول: لم يكن له فيه نص في «الأم» ونقلُه المزني يقع الطلاق وذكر الربيع ما ذكرنا، وقال ابن أبي هريرة: لو قال: أنت طالق للشهر الماضي وقع في الحال قولاً واحداً كما لو قال: أنت طالق لفلان أو لرضا فلانٍ والقولان إذا قال في الشهر الماضي وليس لغيره هذا التفصيل وهو حسن.

والثالثة: أن يفوت بيانه إما بالغيبة أو الموت أو الجنون فيقع في الحال أيضاً.

والرابعة: أن يقول: أردت به طلاقاً كنت طلقتها فيه ثم تزوجتها من بعد أو أردت طلاقاً طلقها زيدٌ وكانت زوجته ثم تزوجتها من بعد، نُظِرَ فإن صدقته كان كما اتفقا عليه لأنه يحتمل ما قال، وإن صدقته أن الطلاق قد كان وقع عليها في الشهر لكنها ادعت أنه ما أراد ذاك الطلاق، وإنما أراد إيقاع الطلاق في الحال فالقول قوله لأنها قد اعترفت بوقوع الطلاق عليها في الشهر الماضي فكان أعرف بما نوي، وإن أنكرت فقالت: ما طلقتني ولا أحد طلقني في الشهر الماضي فهو مدّعٍ أن لاطلاق فإن كانت له بينه بما ادعاه فالحكم كما لو أقرت بأن الطلاق قد كان وقع عليها، وإن لم يكن بيّنة لم يقبل منه لأنه يخالفه الظاهر، فإن ادعي عليها فالقول قولها مع يمينها فإذا حلفت وقع الطلاق في الحال. وقيل: يقبل منه في الحكم لأنه محتمل كلامه.

والخامسة: أن يقول: أردت بقولي أنت طالق في الشهر الماضي إخبار عن طلاق طلقها في ذلك الوقت وهي زوجتي فهاهنا يقبل منه لأنه أقر أنه طلق زوجته فقبلنا قوله فيه [٥/ب] لأنه ما رفع ما أعترف به ويفارق هذه المسألة التي قبلها لأنه أخبر عن طلاق ثم رفع حكمه بكل حال فهنا لم يقبل منه فإذا أثبت أن القول قوله فإذا حلف حكمنا بأن الطلاق وقع من ذلك الوقت. قال القفال: ولا نفقة لها إن كان مفارقاً لها من يومئذ أو غائباً وهذا لا يصح بل لا يقبل قوله في اسقاط حقها من النفقة والسكنىٰ أيضاً في ظاهر المذهب، وأما العدة تكون من بدأ الوقت لأنها أنكرت ذلك فاعترفت بوقوعه الآن فقبلنا قولها فيما بضرها، وإن صدقته على ذلك فالعدة من ذلك الوقت.

قال القفال: هذا إذا كان مفارقاً لها لا يتعاشران معاشرة الأزواج والزوجات، فأما إن كان يعاشرها فالعدة من هذا الوقت، وإن لم يكن منه إصابة بعد ذلك التاريخ إذ لا يجوز أن يرى زوجين يختلطان أختلاط الزوجين ثم يفارقها وتنكح في الحال غيره بعد ما عرفنا أنه مدخول بها. وقال أبو حنيفة: إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي ولانية له فإن كان في الشهر الماضي زوجه لم تطلق في الحال وإلا فلا تطلق وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع

لو قال: إذا قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر فإن قدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدومه بشهر لأنه إيقاع طلاق بعد عقده، وإن قدم قبل شهر فيه طريقان **أحدهما**: فيه قولان أيضاً كما ذكرنا عن الشافعي والربيع في مسألة إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي لأن في التقدير عليهما طلاق في الزمان الماضي وفي كلا الموضعين أوقع الطلاق قبل عقده **والثاني**: وعليه أكثر أصحابنا لا يقع منهما قولاً واحداً والفرق [٦/أ] أن هناك لا يستحيل أن يمضي شهر فأكثر ثم يقدم فيكون مطلقاً في الحال أو أمر في المستقبل، فإذا لم يوجد ذلك سقط حكم كلامه وهاهنا لا يتصور له حكم غير مستحيل فتسقط الأستحالة ويبقىٰ الطلاق.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق قبل موتي بشهر فمات قبل شهر لم تطلق، ولو ماتت في هذه المسألة ثم مات بعدها لايقع عليها إلا أن تموت بعد شهر ويكون موتها قبله لأقلّ من شهر ليكون الشرط بعد موتها والطلاق لا يقع بعد الموت، وهكذا لو ماتت قبله بشهر سواء لم يقع الطلاق عليها مع الموت كما لا يقع الطلاق عليها بعد الموت، وقال القاضي الطبري: إذا ماتت وعاش الرجل شهراً من حين ماتت عندي أنها مطلقة لأنها طلقت قبل موتها.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد ثم ماتت في أول يوم قدم زيد في آخره هل يقع الطلاق؟ فيه وجهان: **أحدهما**: قاله ابن الحداد في فروعه يقع لأنه إذا قال لها: أنت طالق في يوم السبت طلقت بعد طلوع فجره، فكذلك إذا قال: أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد كان قدومه في اليوم الذي يقتضي وقوع الطلاق فيه فوجب أن يكون واقعاً مع طلوع فجره وقد كانت حيةً بعد طلوع الفجر وقبل قدومه فوجب أن يقع الطلاق عليها. **والثاني**: قاله ابن سريج لا يقع لأن قدوم زيد يوجب وقوع الطلاق بعده حتى لا يقع قبل وجود شرطه ويخالف تعليق الطلاق باليوم وحده لأنه في تعليقه باليوم معلق بشرطٍ واحد وقد وجد بطلوع الفجر فوقع وفي تعليقه بقدوم زيد تعليق لطلاقها بشرطين فلم يقع الطلاق [٦/ ب] إلا بهما وعلى هذا لو قال لعبده: إذا قدم زيد فأنت حر ثم باعه في أول يوم قدم زيد في آخره عتق على قول ابن الحداد و بطل البيع ولم تقس على قول ابن سريج لوجود الشرط بعد صحة البيع.

فرع آخر

إذا قال: أنت طالق ثلاثاً قبل قدوم زيد بشهر ثم خالعها وقدم زيد فإن قدم قبل شهر لم تطلق بقدومه وصح الخلع، وإن قدم بعد شهر فإن كان الخلع قبل قدومه بأكثر من شهر صح الخلع ولم تطلق بقدوم زيد لأنها بانت بالخلع قبل قدوم زيد بأكثر من شهر، وإن كان الخلع قبل قدومه بأقل من شهر وقدوم زيد بعد عقد الطلاق بقدومه بأكثر من شهر طلقت بقدوم زيد وبطل الخلع لتقدم الطلاق بقدوم زيد على الخلع فصار الخلع واقعاً بعد وقوع الطلاق عليها بقدوم زيد.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في شهر قبل رمضان تطلق في شعبان، ولو قال: في شهر قبله رمضان طلقت في شوال، ولو قال: في شهر بعد رمضان طلقت في شوال، ولو قال: بعده رمضان طلقت في شعبان لأن دخول الهاء على قبل وبعد مخالف لحذفها منهما تعليلاً بما يظهر من الفرق بينهما فعلى هذا لو قال: أنت طالق في شهر قبل ما قبل رمضان طلقت في رجب لأن ما قبل رمضان شعبان وما قبل شعبان رجب، ولو قال: في شهر قبل ما قبله رمضان طلقت في رمضان لأن ما قبله رمضان شوال وما قبل شوال رمضان وعلى هذا لو قال: أنت طالق في شهر بعد ما بعد رمضان طلقت في ذي العقدة، ولو قال: في شهر بعد

ما بعده رمضان طلقت في رمضان، ولو قال: أنت طالق في شهر قبل ما بعد رمضان [٧/أ] طلقت في رمضان، ولو قال: في شهر قبل ما بعده رمضان طلقت في رجب لأن ما بعده رمضان شعبان وقبل شعبان رجب، ولو قال: أنت طالق في شهر بعد ما قبله رمضان طلقت في رمضان لأنه قبل ما بعده، ولو قال: في شهر بعد ما قبله رمضان طلقت في ذي القعدة، ولو قال: أنت طالق في شهر قبل ما قبل ما بعد رمضان طلقت في شعبان، ولو قال: في شهر قبل ما قبل ما بعده رمضان طلقت في جمادى الآخرة، ولو قال: أنت طالق في شهر بعد ما قبل رمضان طلقت في شوال، ولو قال: في شهر بعد ما بعد ما قبله رمضان طلقت في ذي الحجة.

فرع آخر

لو قال: إن ضربتكِ فأنت طالق قبل ضربي إياكِ بشهر فإن ضربها قبل مضي شهر لم تطلق وانحلت اليمين ولو أمهل شهراً فأكثر ثم ضرب حنث واستند ذلك الطلاق إلى ما قبله بشهر، وقال أبو حنيفة: يقع الطلاق عقيب الضرب ولا يستند واوفقنا أنه إذا قال: قبل موتي أو موتك بشهر فمات بعد مضي أكثر من شهر يقع الطلاق ويستند فيقيس عليه.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق غدا أمس أو أمس غداً فإنما تطلق غداً في المسألتين جميعاً لأنه جعله ظرفاً لإيقاع الطلاق فلا يقع قبله، ولو قال أنت طالق غد أمس أو أمس غد ففي المسألتين يقع الطلاق اليوم لأنهما عبارتان عن الحال إذ كل يوم منه غد أمسه أو أمس غده.

فرع آخر

قال: ولو قال لها: أنت طالق إذا طلقتك فإذا طلقها وقعت عليها واحدة بابتدائه الطلاق والأخرى بالحنث، إذا قال لها: أنت طالق إذا طلقتك فمعناه إذا أحدثت طلاقك وفي عبارة عن الذي يباشرها وعن طلاق يقع بصفة يحدثها عليها، فإن طلقها طلقت واحدة بالمباشرة وأخرى بالصفة، فإن قال: [٧/ب] لم أرد به الصفة وإنما أردت إذا طلقتك فأنت طالق بطلاقي الذي وقع عليك قال في «الأم»: لم يقبل في الحكم ودين فيما بينه وبين الله تعالى لأن ظاهر قوله غير ما قال ولايسعها أن تقيم معه لأنها لا تعرف من صدقه ما يعرف هو من صدق نفسه، فإن كانت المسألة بحالها فقال لها بعد ذلك، إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت وقع عليها طلقة بدخول الدار وأخرى بالصفة لأن الطلاق الواقع بدخول الدار

أحدثه عليها، ولا يقع الطلاق قبل دخول الدار لأنه تعليق طلاق لا إيقاع طلاق، ولو قال لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم قال: إذا طلقتك فأنت طالق فدخلت الدار وقعت واحدة بالشرط دون الحنث لأنه لم تطلق بعد ماحلف بالطلاق فلم يقع الحنث وعلى هذا لو قال لها: كلما طلقتك فأنت طالق معناه كلما استأنفت أحداث طلاق عليك فأنت طالق وهذا الكلام موضوع على التكرار، فإذا قال لها بعد ذلك: أنت طالق وقع بها طلقة بالمباشرة وأخرى بالصفة لأنه أحدث طلاقاً عليها ولا يقع لوقوع الثانية عليها طلقة ثانية لأن وقوع الثانية ليس بطلاق أحدثه عليها بعد عقد الصفة فلا يقع بوقوعها غيرهما فإن طلقها أخرى فهو إحداث طلاق عليها فيقع ويقتضي أن يقع لوقوعه أخرى ولكن لم يقع لأن الطلاق قد فني، فلو تصور أن يكون له أربع طلقات لوقعت الرابعة وهذا إذا كان مدخولاً بها فإن كانت غير مدخولٍ بها طلقت واحدة بالإيقاع ولا يقع أخرى بالحنث لأنها قد بانت وهكذا المدخول بها إذا قال لها هذا ثم طلقها طلقة ثانية مثل أن يطلقها بعوض لم تطلق أخرى وقد انحلت يمينه، وإن خالعها من غير ذكر [٨/أ] الطلاق، فإن قلنا الخلع طلاق انحلت يمينه، وإن قلنا الخلع فسخ لا تنحل يمينه.

فرع آخر

قال ابن سريج لو كان له زوجان عمرةُ وحفصة فقال: يا عمرةُ إذا طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لعمرة: أنت طالق طلقت عمرة واحدة بالمباشرة ولا تطلق حفصة، ولو قال لحفصة: أنت طالق وقع الطلاق عليها بالمباشرة ووقع الطلاق على عمرة لأن طلاق حفصة طلاقٌ أحدثه عليها فطلقت به عمرة.

فرع آخر

قال: لو قال: لعمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة: كلما طلقت عمرة فأنت طالق فقد علق أولاً طلاق عمرة بطلاق حفصة ثم علق طلاق حفصة بطلاق عمرة فإذا طلق إحداهما بعد ذلك نظر فإن طلق عمرة طلقت طلقة بالمباشرة، وطلقت حفصة طلقة بالصفة لأنه قد أحدث الطلاق على عمرة فإذا طلقت حفصة عاد على عمرة طلقة أخرى لأن الذي طلقت به حفصة طلاق أحدثه عليها فطلقت عمرة طلقتين وطلقت حفصة طلقة، وإن طلق حفصة أولاً طلقت طلقة بالمباشرة وطلقت عمرة طلقة بالصفة ولا يعود على حفصة طلاق بالطلاق الذي وقع على عمرة لأنه ليس هو الطلاق الذي علق به طلاق حفصة فإنه ما أحدثه على عمرة فإن كانت بالعكس من هذا فقال لعمرة: إذا طلقتك فحفصة طالق فقد علق

أولاً طلاق حفصة بصفة هي طلاق عمرة، ثم قال لحفصة: إذا طلقتك فعمرة طالق فإذا طلق واحدة منهما نظر فإن طلق حفصة طلقت طلقتين وعمرة طلقة، وإن طلق عمرة طلقت طلقة وحفصة طلقة واحدة والتعليل ما مضى.

فرع آخر

قال: لو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق، ثم قال لحفصة: كلما طلقت عمرة فأنت طالق [٨/ب] ثم عاد إلى عمرة فقال لها بعد هذا كلما طلقت حفصة فأنت طالق فإن طلق عمرة طلقت بالمباشرة وطلقت حفصة بالصفة ثم عاد إلى عمرة طلقة أخرى بوقوع الطلاق على حفصة وإن طلق حفصة طلقت بالمباشرة وطلقت عمرة طلقة بالصفة ثم عاد إلى عمرة فطلقت أخرى لأنه لما كرر الصفات كان كل طلاق يقع على واحدة بالصفة تكون صفة به يعود الطلاق على صاحبتها.

مسألةٌ: قالَ: لو قالَ لها: أنتِ طالقٌ كلما وقعَ علَيكِ طلاقِي[١].

الفصل

إذا قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فمعناه على أي حال وقع عليك الطلاق فأنت طالق فإن قال لها: أنت طالق وقعت بها طلقة بالمباشرة وثانية بوقوع الأولى وثالثة بوقوع الثانية حتى لو كان يملك ألف طلقة في المثل وقعت كلها، وكذلك لو قال لها بعد هذا القول: إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت وقع بها ثلاث طلقات.

فرع

لو قال أولاً: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فدخلت الدار وقع ثلاث طلقات.

فرع آخر

لو كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال لعمرة: كلما وقع على حفصة طلاقي فأنت طالق ثم قال لأحديهما أنت طالق طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢٠٥).

فرع آخر

لو قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق فلا يتكرر الطلاق هاهنا لأن كلمة إذا لا توجب التكرار بخلاف كلمة كلما فإذا قال لها بعد ذلك أنت طالق وقعت طلقة بالمباشرة وأخرى بالصفة ولا تقع الثالثة.

فرع آخر

لو قال: إذا وقع عليكِ طلاقي فأنت طالق ثم قال إذا دخلت الدار فأنت طالق [٩/أ] فدخلت طلقت واحدة بالدخول والأخرى بالصفة، ولو قدم فقال: إذا دخلتِ الدار فأنت طالق ثم قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق فدخلت طلقت طلقتين طلقة بالدخول وأخرى بالصفة لأن الصفة وقوع الطلاق بها على أي وجه كان.

فرع آخر

لو قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق وإذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم قال لها أنت طالق طلقت ثلاثاً طلقتان، بقوله: أنت طالق والثالثة وقوع الطلاق عليها.

فرع آخر

لو قال: كلما أوقعت عليك فأنت طالق فهذا معناه كلما باشرت أنا ذلك وحدي لا غيري فإذا قال: أنت طالق طلقت طلقتين طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة، ولو قال بعد هذا القول: إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت واحدة لا غير لأن الطلاق بدخول الدار ما أوقعه هو هكذا ذكر أصحابنا ويحتمل خلاف هذا لأنه أوقع الطلاق عليها بشرط وإذا وحد الشرط فهو الوقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين أن يقول: إن طلقتك فأنت طالق ووجدته عن بعض أصحابنا.

فرع آخر

لو قال أولاً: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم قال: إذا أوقعت عليك طلاقي فأنت طالق ثم دخلت الدار طلقت بدخول الدار ولم تطلق غيرها ما أوقع الطلاق عليها.

فرع آخر

قال أصحابنا على قياس ما ذكرنا لو قال لعبده: إذا طلقت امرأتي فأنت حر ثم قال لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت وعتق العبد، ولو قدم التعليق بدخول الدار ثم دخلت الدار طلقت ولم يعتق العبد [٩/ب] ولو قال: إذا وقع طلاقي عليها فأنت حر

فدخلت الدار يعتق العبد وطلقت قدّم التعليق أو أخرَ.

فرع آخر

لو قال لها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا اللفظ ثانياً وقعت طلقة لأن الثاني حلف بالطلاق فحنث به، ولو أعاد هذا اللفظ ثالثاً طلقت، ولو أعاد هذا اللفظ رابعاً طلقت تمام الثلاث وهذا في المدخول بها فإن كان غير مدخول بها لا يقع إلا واحدة، ولو قال: إن طلقتك فأنت طالق ثم أعاد هذا اللفظ مراراً لم يقع شيء لأن الثاني وما بعده ليس بإيقاع الطلاق عليها.

فرع آخر

لو قال لغير المدخول بها: إن طلقتك فأنت طالق ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فإذا وطئها بنصف الحشفة طلقت ثلاثاً واحدة بالوطئ وثانية بالأولى لأنها صارت بالوطئ مدخولاً بها تجب العدة عليها وبالثانية بالثانية، وأما الحدُ فإن نزع ثم عاود يلزمه وإن استدام الإيلاجه الأولى ففي الحد وجهان.

فرع آخر

لو قال: كلما طلقتك فأنت طالق، ثم وكل في طلاقها فطلقها الوكيل لم تطلق غيرها لأن طلاق الوكيل ليس من فعله، ولو قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم طلقها وكيله واحدة فيه وجهان **أحدهما**: لا تطلق غيرها **والثاني**: تطلق ثلاثاً لأنه واقع من جهته وإن لم يكن من فعله.

فرع آخر

قال لأربع نسوة: كلما طلقت واحدة منكن فصواحباتها طوالق وكن مدخولاً بهن فإذا طلق واحدة طلقت بالتنجيز والآخرتان بالحنث فلما طلق الثانية طلقت بالتنجيز الأولى والآخرتان بالحنث فلما طلق الثالثة طلقت الطلقة الثانية بالتنجيز وطلقت الأولتان والأخيرة بالحنث فلم يبق له على واحدة منهن ملك فلا معنىً ليطلق الرابعة [١٠/أ].

فرع آخر

لو قال: كلما وقع طلاقي على واحدة منكن فصواحباتها طوالق فطلق واحدة منهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً. ولو قال: كلما طلقت واحدة منكن فأنتن طوالق فلما طلق الأولى حصلت لها طلقة بالتنجيز وطلقة بالحنث ولصواحبها لكل واحدة طلقة فلما طلق الثانية لحقها طلقة

بالتنجيز وطلقة بالحنث فتم لها الثلاث وثم الأولى الثلاث وحصلت لكل واحدة من الآخرتين طلقة أخرى فلما طلق الثالثة بانت منه الثالثة والرابعة بالثلاث.

فرع آخر

لو قال: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال: إذا طلعت الشمس فأنت طالق وإذا انسلخ الشهر فأنت طالق أو إذا قدم الحجيج فأنت طالق لم يحنث لأنه ما حلف بطلاقها ولكنه علق طلاقها بصفة تلك الصفة لا يمنعها بيمينه فإن طلوع الشمس لا يمنع بيمين والحلف أن يمنع نفسه بها عن فعل شيء أو يوجب عليها فعل شيء كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق ونحو ذلك وقال بعض أصحابنا بخراسان: يحنث بكل هذا لأنه يمين قالوا وعلى هذا لو قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم قال: عجلت تلك الطلقة عند ابن سريج تنحل تلك اليمين ويقع ذلك الطلاق الآن وعند غيره يقع طلقة في الحال بقوله عجلت ثم إذا جاء رأس الشهر تقع أخرى وهذا غير مشهور، وقال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى: كله يمين إلا في ثلاثة أشياء أن يقول: إذا حضت أو إذا طهرت أو إن شئت فأنت طالق لأن المقصود بقوله حضت أو طهرت السنة أو البدعة والمقصود بقوله إن شئت التمليك الذي يراعى فيه الرد والقبول وهذا خطأ لأن اليمين ما قصد بها المنع من شيء أو الحث على شيء أو التصديق على شيء مثل أن يقول: إن لم أكن دخلت الدار فأنت طالق وهذا لايوجد إذا قال: إذا جاء رأس الشهر أو طلعت الشمسُ [١٠/ب] فأنت طالق فلا يقع إلا بما ذكرنا.

فرع آخر

لو كانت المسألة بحالها فقال: إن دخل زيد الدار فأنت طالق فإن كان زيد ممن قد يطيعه ويمتنع من الدخول بقوله فهي يمين بالطلاق فتطلق، وإن كان زيد سلطاناً أو ذا قدرة لا يطيعه فهو طلاق بصفة وليس بيمين فلا يقع خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

فرع آخر

لو قال: إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق، وإذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق ثم سكت طلقت طلقتين قاله أبو علي الزجاجي رحمه الله تخريجا.

فرع آخر

لو قال لهما: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ثم ذكر ذلك مرة آخرى وقع عليهما

طلقة لأن حلف بطلاقهما بعد اليمين الأولى، وكذلك إن عاد ذلك ثالثاً وقعت طلقة ثانية، وإن أعاده رابعاً طلقت طلقة ثالثة، ولو قال: إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم كرر ذلك لم يقع على واحدة منهما طلاق لأنه حلف بطلاق عمرة أن لا يحلف بطلاقهما فإن قال بعد هذا: إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت عمرة لأنه قد حلف بطلاقهما، فإن قال بعد هذا: إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق حفصة لأنه لم يحلف بطلاقهما بعد يمينه على ذلك بطلاقهما فإن قال بعده: إن حلفت بطلاقهما فحفصة طالق طلقت حفصة، وإن قال: إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق طلقت عمرة.

فرع آخر

لو كانت له زوجتان مدخول بها وغير مدخول بها فقال: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ثم أعاده ثانياً طلقت كل واحدةٍ واحدةً فإن أعاده ثالثاً لم تطلق واحدة منهما، أما غير المدخول بها فلإنها بانت، وأما المدخول بها فلإن وقوع الطلاق عليها بأن يكون حالفاً بطلاقهما وهو غير حالف بطلاق غير المدخول بها لأن بعد بينونتها لا يكون حالفاًبطلاقها.

فرع آخر

لو قال لها: إذا لم أحلف [١١/أ] بطلاقك فأنت طالق وكرر ذلك ثلاث مرات نظر فإن كان فرق هذه الألفاظ فيسكت بين كل يمينين بحنث يمكنه أن يحلف فلم يفعل فقد وقع ثلاث تطليقات لأن إذا في النفي تقتضي الفور، وإن كان لم يفرق أيمانه لم يحنث في الأولى لأنه حلف عقيبها وكذلك الثانية وإنما حنث في الثالثة لأنه لم يحلف عقيبها، ولو قال: كلما لم أحلف بطلاقك فأنت طالق فإن هذا يقتضي التكرار فإذا مضى من الزمان ما يمكنه أن يحلف فيه ثلاثة أيمان فلم يحلف طلقت ثلاثاً وكذلك إذا قال: كلما لم أطلقك فأنت طالق.

فرع آخر

لو كان له أربع نسوة وعبيد فقال: كلما طلقت واحدة منكن فعبد من عبيدي حر وكلما طلقا اثنتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثة فثلاثة أعبد أحرار وكلما طلقت أربعاً فأربعة أعبد أحرار ثم قال: لهن أنتن طوالق أو طلق واحدة واحدة طلقت الأربع قال في «الإفصاح»: ويعتق خمسة عشرة عبداً وعلى هذا عامة أصحابنا ووجهه أن الأربعة أربعة آحاد ومرتين اثنان وواحد ثلاثة وواحد أربعة فيكون أربعة أعبد بالآحاد وأربعة أعبد بالأثنين وثلاثة أعبد بالثلاثة وأربعة أعبد بالأربعة فيكون الجميع خمسة عشر، قال في «الإفصاح»: ويحتمل أن يقال: تعتق سبعة عشر لأن في الثالثة ثلاث صفات صفة الواحدة والاثنتين والثلاث فإن

الثالثة مع الثانية اثنان فتزيد عبدان آخران ويصير الجميع سبعة عشر وهذا لا يصح لأنه يلزمه أن يقول في الرابعة يحتمل أربع صفات هي واحد واثنان وثلاثة وأربعة فتعتق بالزابعة عشرة أعبد فيبلغ عدد العبيد عشرون وقد قال به بعض أصحابنا وهو قول أبو حنيفة رحمه الله ويلزم هذا القائل أن يقول [١١/ب] في الرجل إذا قال: كلما أكلت نصف رمانة فعبد من عبيدي حر فأكل رمانة إنه يعتق ثلاثة أعبد لأنه إذا أكل نصفها يعتق عبد وإذا أكل ربع النصف الثاني يعتق عبد آخر فلما أجمعنا على أنه يعتق عبدان لأن الرمان ليس لها إلا نصفان فكذلك الأربعة فيها اثنان مرتين وثلاثة مرة واحدة، وقال أبو الحسن القطان: يعتق عشرة أعبد بالواحدة واحدة، وبالاثنين اثنان، وبالثلاث ثلاثة وبالأربع أربعة وهذا لا بأس به ولكن الخمسة عشر أقوى لأن كل يقضي التكرار وفي الأربع أربعة آحاد واثنتين مرتين، ومن أصحابنا من قال: يعتق ثلاثة عشرة، بالواحدة واحدة وبالثانية ثلاثة وبالثالثة أربعة وبالأربعة خمسة فحصل خمسة أوجه، ولو لم يقل كلما وذكر هذه الأيمان بلفظ إن وإذا يعتق عشرة من العبيد بلا إشكال واحد واثنان وثلاثة وأربعة.

فرع آخر

لو قال: إن كلمت رجلاً فأنت طالق، وإن كلمت زيداً فأنت طالق، وإن كلمت فقيهاً فأنت طالق فكلمت زيداً وكان فقيهاً يقع ثلاث تطليقات لوجود جميع الصفات فيه، وإن كان واحداً.

مسألة: قالَ: لو قالَ: أنتِ طالقٌ إذا لم أطلقْكِ[١].

الفصل

الحروف المستعملة في الطلاق سبعة: «إن وإذا ومتى ومتىٰ ما وأي وقت وأي حين وأي زمان». فإذا استعملت في الطلاق لا يخلو، أما إن علق بها عطية أو لم يعلق بها عطية فإن علق بها عطية فقد ذكرنا حكمة في كتاب الخلع، وإن لم يعلق عطية لا يخلو أما إن ذكر ذلك في الأثبات أو في النفي فإن ذكر في الإثبات فكلها على التراخي مثل قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إذا دخلت أو متى دخلت، وكذلك إذا قال: متى طلقتك فأنت طالق [١٢/أ] أو إذا طلقتك أو إن طلقتك الكل واحد، فأما في النفي فلا خلاف أن خمسة ألفاظ منها على الفور وهو قوله: متي ومتىٰ وما وأي وقت وأي حين وأي زمان إن لم أفعل كذا،

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٢٠٨).

أو إن لم أطلقك فأنت طالق، فإذا مضى وقت يمكنها فيه أو يمكنه أن يطلقها فلم يوجد ذلك وقع الطلاق، والفرق بين هذا وبين الإثبات أن تقديره في النفي أي وقت طلقتك فأنت طالق وتقديره في النفي أي وقت لم أطلقك فأنت طالق، فافترقا، ولو قال: أردت متى فاتني فأنت طالق بل يقبل في الحكم وجهان، ولا خلاف أنه إذا قال: إن لم أطلقك فأنت طالق أنه على التراخي، فلا يقع عليها الطلاق حتى يموت أحد الزوجين، فإذا مات أحد الزوجين وقع عليها الطلاق في آخر جزء من أجزاء حياة الميت، وهو الزمان الذي لا يتسع لإيقاع حروف الطلاق فيه، فإنه الوقت الذي فاته فيه الطلاق، وقال القفال: أما في موتها فقبيل الموت، وأما في موته فقبيل العجز عن الطلاق المتصل بالموت حتى لو جن واتصل الجنون تبينا أن الطلاق واقع قبيل الجنون، وكذلك لو انفسخ النكاح بسبب ومات قبل البينونة تبينا وقوع الطلاق قبل الفسخ وهذا أحسن ولكنه خلاف ظاهر المذهب، وأما كلمة إذا فالمنصوص أنه علىٰ الفورية.

قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة وأحمد رحمهم اللّه على التراخي كقوله إن: لأن كليهما يستعمل شرطاً وهذا قول بعض أصحابنا فقال يتعدد الفرق بين كلمة إن وكلمة إذا فينقل جوابه في كل واحد منهما إلى الآخر وتخرجهما على قولين، ومن أصحابنا من قال: النصان على ظاهرهما وهو الصحيح والفرق ظاهر وذلك أن كلمة إذا عند أهل اللغة وأهل النحو موضوع للوقت فإذا قال لها: [١٢/ب] إذا لم أطلقك فأنت طالق معناه عندهم أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فإذا مضى عليه وقت يمكنه أن يطلقها فيه فلم يطلق وقع الطلاق لوجود الصفة التي علق الطلاق عليها يدل عليه أن إذا يصلح أن يكون جواباً عن السؤال عن الوقت كما يصلح متى وميتما وأي وقت وأي حين، ألا ترى أنه إذا قال الرجل لآخر أي: وقت تلقاني وأي وقت يقضي حقي فقال: إذا شئت أو إذا زالت الشمس، أو إذا دخل الليل أو إذا قدم الحاج صح هذا الجواب كما إذا قال: متى شئت ومتى زالت الشمس ومتى دخل الليل ومتى قدم الحاج فدل على أن إذا ومتى واحد، وأما كلمة إن فإنه يفيد الشرط دون الوقت والزمان، ألا ترى أنه لا يصلح أن يكون جواباً عن سؤال الوقت على ما بينا فافترقا، قال المزني: فرق الشافعي ـ رحمة اللّه عليه ـ بين إذا وإن فألزم في إذا إذا لم يفعله من ساعته ولا يلزمه في إن إلا بموته فحكى كيف فعل الشافعي ولم يبين أنه راضٍ بما قاله أو يخالفه وتعرض عليه فإن كان معترضاً فمن حقه أن يأتي بالدليل لينظر فيه.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن دخل أو إذا دخلت الدار فهاتان اللفظتان توجب وقوع الطلاق

في الحال لأنهما كلمتا تعليل كأنه يقول: أنت طالق لأنك دخلت الدار، ذكره القفال، وقال أبو حامد وجماعة: إن لم يكن الرجل من أهل الإعراب يقع في الحال على ما ذكرنا، وقال القاضي الطبري: يقع في الحال إلا أن لا يكون من أهل الإعراب، فيقول: أردت به الشرط فيقبل قوله لأن الظاهر منه أنه لا يفرق بين المفتوحة والمكسورة وهذا أولى لأن قبل أن يتبين لنا مراده يجب حمل لفظه على مقتضاه في اللغة، فأما [١٣/أ] أن يكون لعدم معرفته بالكلام يصرف اللفظ عما يقتضيه بغير قصده فلا. وحكي أن أبا يوسف قال: قال للأصمعي: بين يدي الخليفة أيها الأصمعي ضيعت أيامك يعني في الأدب فقال: أيها القاضي ما تقول في رجل قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار فقال: إذا دخلت الدار يقع فقال: أيها القاضي ضيعت أيامك حتى لم تفصل بين كلمة التفصيل وكلمة التعليق، وقال في «الحاوي»: إن لم يكون عالماً بالإعراب فيه وجهان.

فرع آخر

لو قال: كلما لم أطلقك فأنت طالق: فسكت مدة يمكنه طلاقها وقعت ثلاثاً متواليات لأن كلما للتكرار فإذا مضى الزمان الأول طلقت، ثم إذا مضى زمان ثاني طلقت أخرى ثم إذا مضى زمان ثالث طلقت الثالثة.

فرع آخر

قال ابن سريج في كتاب «الفنية»: لو قال لها: إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم فخرج اليوم قبل أن يطلقها لم تطلق لأن الصيغة فاتت بخروج اليوم ولا يقع الطلاق بعد خروج اليوم لامتناع صفته ووافقه جماعة على هذا، وقال القاضي الطبري وأبو حامد: هذا منه بعيد وليس على ما قاله بل الطلاق يقع عليها قبل خروج اليوم لأن معناه إن فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق والطلاق يفوته إذا بقي من النهار زمانٌ لا يتسع لإيقاع حروف الطلاق فيه فوقع الطلاق قبل الليل كقوله: إن لم أطلقك فأنت طالق وقع الطلاق به قبيل موته كذلك هاهنا، وقال في «الحاوي»: هذا فاسد لأن وقوع الطلاق إذا لم يكن إلا بلفظ الطلاق فزمان لفظه زمان وقوعه مثلان، فإذا ضاق عن أحدهما ضاق عن الآخر، ولكن لو قال: إن لم أبع عبدي اليوم فأنت طالق [١٣/ب] الوارد[١] هي مطلقة، فإن دخلتها غير مطلقة لم تطلق كما لو قال: إن دخلت الدار ولكنه وإن طلق مكان الطلاق رجعياً، ثم دخلت الدار طلقت طلقتين وآخرتين بدخول الدار.

---

(١) سواد في الأصل.

فرع آخر

لو كرر حرف الشرط ويسميه أهل العلم اعتراض الشرط على الشرط فقال: أنت طالق إذا ركبت إن لبست لا يقع إلا باللبس والركوب، فإن ركبت ولبست على ما قاله في لفظه بأن بدأت بالركوب ثم عقيبه باللبس لم تطلق، وإن خالفت ترتيب اللفظ فبدأت باللبس وعقيبه بالركوب طلقت لأن قوله إذا ركبت إن لبست فقد جعل اللبس شرطاً في الركوب فوجب أن يتقدم عليه لأن الشرط يتقدم على المشروط، ولكن لو قال: أنت طالق إذا قمت إذا قعدت لم تطلق حتى يتقدم القعود على القيام لأنه جعل القعود شرطاً في القيام، وإن كان حرف الشرط فيهما واحداً، وهكذا لو قال: أنت طالق إن أكلت إن تكلمت لم تطلق حتى يتقدم الكلام على الأكل، وكذلك لو قال: إن أكلت الخبز إن شربت الماء فأنت طالق لا تطلق حتى تشرب الماء قبل أكل الخبز فإن أكلت أولاً ثم شربت ثم أكلت طلقت حينئذٍ، وعلى هذا لو قال: أنت طالق إذا دخلت الدار إن كلمت زيداً إن ضربت عمراً لم تطلق حتى يفعل الثلاث بعكس لفظه فبدأ بضرب عَمرٍو ثم بكلام زيد ثم بدخول الدار، لأن كل واحد منهما شرط ففيهما تقدمه فوجب أن يتقدمه.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق مريضةً بالنصب كان المرض شرطاً فما لم تمرض لم تطلق لأن نصبه على الحال يخرجه مخرج الشرط، ولو قال: مريضة بالرفع طلقت في الحال لأنه بالرفع يصير صفة لها هذا فيمن كان من أهل العربية، فأما من لا يفرق بين الرفع والنصب فيه وجهان، **أحدهما**: أن حكمه حكم أهل العربية [١٤/أ]، لأن الحكم يتعلق باللفظ سواء عرف حكمه أو جهله مثل صريح الطلاق وكنايته، **والثاني**: يستوي فيه حكم الرفع والنصب في وقوع الطلاق لأن الإعراب دليل على المقاصد والأغراض، فإذا جهلت عدمت، ومن أصحابنا من قال: إذا قال بالرفع لا يقع إلا في حال المرض أيضاً، وإن كان من أهل العربية لأن قوله: مريضة نكرة فلا تكون صفة لمعرفة وقد عرفها بالإشارة إليها فلا تكون إلا حالاً وإنما لحن في إعرابها وهذا لحن لا يغير المعنى فمعناه بالرفع تطلقين وأنت مريضة، وهكذا لو قال: أنت طالق وَجِعَة فنصب أو وجِعة أو رفع.

فرع آخر

لو قال لأربعة نسوة: أينكن لم أطأها اليوم فصواحباتها طوالق فإن خرج اليوم قبل أن يطأ واحدة منهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً، لأن لكل واحدة ثلاث صواحبات لم تطأ، وإن وطئ واحدة طلقت الموطوءة ثلاثاً لأن لها ثلاث صواحب لم توطأ وطلقت كل واحدة

من الباقيات تطليقتين لأن لكل واحدة صاحبتين لم توطأ، فإن وطئ اثنتان طلقت كل واحدة من الآخرتين طلقة فإن وطئ ثلاثاً منهن طلقت كل واحدة منهن طلقة ولم تطلق الرابعة لأن ما بقي لها صاحبة لم يطأ فإن كانت المسألة بحالها فأطلق ولم يقيده باليوم فماتا أو إحداهما كان الموت بمنزلة خروج اليوم على ما فصلناه.

فرع آخر

قال المزني في «المنثور»: إذا قال لامرأته: إذا طلقتك طلقة أملك عليكِ فيها الرجعة فأنت طالق قبلها ثلاثاً، ثم قال لها: أنت طالق لم يقع عليها شيء لأن هذه الطلقة لو وقعت لوجب أن تكون رجعية واقتضى ذلك وقوع الثلاث، فإذا وقعت الثلاث لم يملك فيها الرجعة، وإذا لم يملك الرجعة [١٤/ب] لم يقع الثلاث، ولو لم يكن مدخلاً بها أو طلقها بعوض وقع ما باشر لأنه شرط طلاقاً على صفة يملك فيها الرجعة وهذا على صفة لا يملك فيها الرجعة وفرع أصحابنا على هذا فقالوا: لو قال لها متى وقع عليكِ طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً أو إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم قال: أنت طالق لا يقع أيضاً للدور الذي ذكرنا.

قالوا: وهذا مذهب ابن سريج وهو الحيلة في أن لا يقع طلاق على زوجته وهذا أسهل من الخلع فإذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنتِ طالق قبله ثلاثاً وهكذا لو حلف بالطلاق الثلاث لا يطأها فالحيلة أن يقول لها هذا ويطأ فلا يقع وعلى هذا إذا قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً وكلما فسخت نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً لا ينفذ فيه الفسخ ولا الطلاق بحال ومن هذا الجنس لو قال لها: إن وطئتك وطئاً مباحاً فأنت طالق قبله فإذا وطئها لم يقع لأنه لو وقع لما كان الوطء مباحاً وقيل أن ابن سريج لم يوافق في هذا لأنه لا يؤدي إلى سد باب الطلاق، وعلى هذا لو قال: إن ظاهرت منك فأنت طالق قبله ثلاثاً فظاهر لا يصح خلافاً لابن سريج، ولو كان له عبد وزوجة فقال لها: مهما دخلت الدار وأنت زوجتي فعبدي حر قبل دخولك وقال لعبده: مهما دخلت الدار وأنت عبدي فزوجتي طالق قبل دخولك ثم دخلا معاً لم تطلق ولم يعتق ووافقنا ابن سريج لأنه لا يؤدي إلى سد باب الطلاق واختلف أصحابنا في ذلك فذهبت طائفة إلى ما ذكرنا، منهم أبو بكر ابن الحداد والقفال الشاشي [١٥/أ] وأبو حامد والقاضي الطبري وجمهور مشايخ خراسان واحتجوا بأنه إن أوقع عليها ما أوقعه وجب أن يقع الطلاق المعلق به لأن الشرط إذا حصل وجب حصول المشروط، وإذا وقع قبله ثلاثاً لم يقع ما أوقعه لأنه لا يملك أكثر من ثلاث، وإذا لم يقع ما أوقعه لم يقع الثلاث فإثبات هذا الطلاق

الموقع يؤدي بعينه فلا يجز إثباته وإيقاعه ومثل هذا قاله الشافعي رحمة الله عليه إذا زوج الرجل عبده حرّة بصداق قيمته لها ثم باعها العبد بالصداق قبل الدخول لم يصح البيع لأنه لو صح ملكت زوجها وإذا ملكها انفسخ النكاح، وإذا انفسخ النكاح سقط مهرها لأن الفسخ كان من جهتها قبل الدخول وإذا سقط المهر بطل البيع لأنه هو عوضه فأفسد البيع لأن ثبوته يؤدي إلى بيعه كذلك هاهنا، وقال بعضهم: يقع الطلاق المباشر دون المعلق بالصفة وبه قال ابن أبي أحمد فإنه قال في «التلخيص»: وكل من طلق امرأته بصفة وقع الطلاق بمجيء الصفة إلا واحد وهو إذا قال لامرأته: أنت طالق اليوم ظناً إن طلقتك غداً واحدة فطلقها غداً واحدة وقعت الواحدة دون الثلاث، وحكى القاضي الطبري هذا عن ابن سريج فإنه قال في زيادات الطلاق، إذا قال لغير المدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق أخرى قبل التي أوقعتها عليك فطلقها وقعت التي أوقعها ولم تقع الأخرى لأنها لو وقعت لم تقع هذه التي أوقعها، وقال صاحب «الحاوي»: ممن حكي عن ابن سريج خلاف هذا فقد وهم وهو الصحيح وبه قال أبو حنيفة وابن أبي هريرة لأن الناجز أصل هو أقوى والمعلق الصفة نوع هو أضعف [١٥/ب] فلم يجز أن يكون أضعفهما رافعاً لاقواهما ولأن طلاق الصفة لا يقع إلا بعد وقوع الناجز والناجز لا يرتفع إلا بعد وقوعه لأنه يؤدي إلى سد باب الطلاق.

وقال بعضهم: يقع طلاق المباشر وتمام الثلاث من الطلاق المعلق بالصفة، وقال أبو عبد الله الحسن في شرح التلخيص وجماعة من أصحابنا وبه قال أصحاب أبي حنيفة رحمه الله، واحتجوا بأن الذي يؤدي إثباته إلى نفيه ما زاد على تمام الثلاث فوجب أن يقع تمام الثلاث، وقال في مسألة التلخيص يطلق غداً طلقةً واحدة بالمخاطبة وهي في الحقيقة الثالثة وتطلق اليوم طلقتين بالصفة لأنه علق وقوع ثلاث تطليقات بالصفة ووقوع اثنتين منها جائز ووقوع الثلاثة بمجموعه ممتنع.

وقال القاضي الطبري: هذا خلاف ما نص عليه في المنثور وهو الصحيح وما عداه باطل ولو صح هذا القول لبطل مسائل الدور أجمع والفتوى عندي على هذا وأعلم أن الشيخ ابن الصباغ رحمه الله ذكر هذه المسألة في «الشامل» وطول الكلام فيها وقال من قال: لا يقع الطلاق هاهنا فقد اخطأ خطأً ظاهراً وليس ذلك بمذهب الشافعي وذلك أنه علق الثلاث بوقوع الواحدة فصار وقوع الواحدة شرطاً في وقوع الثلاث ولا يجوز تقدم المشروط على الشرط، ولو جاز ذلك لبطل كونه شرطاً فيه، قال ولا يشبه هذا مسألة بيع الزوج صداقها لأن البيع يرد عليه الفسخ بتعذر ما أوجبه وهاهنا يتعذر ذلك، ولهذا لو باع مغصوباً لا يجوز لتعذر التسليم في ثاني الحال وليس كذلك الطلاق لأنه متى وقع لا يطرأ عليه ما يرفعه [١٦/أ] فما يترتب على وقوعه لا يؤثر فيه وإلا لزم إذا قال لامرأته: إذا انفسخ نكاحك فأنت

طالق قبله ثلاثاً ثم ارتدت أو ملكها فإن الفسخ يحصل، وإن كان إثباته يؤدي إلى نفيه لأنه إذا وقع الطلاق قبله بانت ولم ينفسخ النكاح لعدمه، وكذلك إذا قال لأمته إذا صليت مكشرفة الرأس فأنت حرة قبل الصلاة فتقضي أن لا تصح صلاتها مكشوفة الرأس ومع هذا صححوا الصلاة.

والجواب على هذا أنا لا نقدم المشروط على الشرط ولكن نقول لا يحصل الشرط لأن تحصيله يؤدي إلى نفيه على ما قررنا ولا يصح العذر والذي ذكر في مسألة البيع لأن تعذر تسليم العوض للمعنى الذي ذكرنا وعين ذلك المعني يوجب سقوط حكم اللفظ في مسألتنا لأنا نرفع الطلاق بعد وقوعه، وأما مسألة الصلاة فلا يلزم لأنه لايمكن إبطال الفسخ ولا إبطال الصلاة لأنه ليس مالك لها، وأما الطلاق فهو مالك لإيقاعه وترك إيقاعه وتعليقه فتقدر على التصرف فيه بما يمنع ثبوت حكمه والله أعلم.

ويترتب على هذه المسألة مسألة وقعت ببلدة عمان وهي: رجل حلف بالطلاق الثلاث إنه لا يحج السنة فأفتى له بعض الأصحاب أن يقول لإمرأته: إن حنثت في يميني فأنت طالق قبل ذلك ثلاثاً فإذا قال ذلك ومضت السنة ولم يحج لم تطلق وبه قال القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا: فرق بين هذه المسألة والتي قبلها لأنه انعقدت يمينه على الحج فلا يملك حلها وهذا ضعيف لأنه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط كلمة بصفة أخرى بدليل أنه قال: [١٦/ب] إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثاً صحت هذه الصفة ثم يملك، إسقاطها بأن يقول: أنت طالق قبل انقضاء الشهر وهكذا لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً على هذين الوجهين.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ: أنتِ طالقٌ إذا قدِمَ فلانُ فقدِمَ ميتاً أو مُكرهاً لم تُطلَقْ[١].

إذا قال: إذا قدم زيدٌ فأنت طالق فأتي به ميتاً لم يقع الطلاق لأنه لم يقدم وإنما قدمُ به وإن قدم مكرهاً فإن حمله على المركوب من غير اختيار لا يقع الطلاق أيضا لما ذكرنا، وإن كان باختياره وقع فإن ضرب حتى ركب المركوب باختياره أو مشى برجليه فقدم ففيه قولان، وهذا أصل في مسائل كثيرة فمتى أكره على فعل شيء ففعل بنفسه مثل إن أكره على القتل فقتل أو أكره الصائم على الأكل فأكل هل يكون عليه القود في القتل وهل يفطر في الأكل؟ قولان، وإن كان مسلوب الفعل بكل حال بأن أخذ ورمي به على إنسان فمات به ذلك الإنسان أو أوجر في حلقه شيءٌ فلا شيء على المرمى ولا يفطر، وأما إذا قدم باختياره

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢١٢).

نظر، فإن كان قصد بقوله إذا قدم فلان فأنت طالق تعليق الطلاق بالصفة ولم يقصد فيه منعه من القدوم مثل أن يقول: إذا قدم الحاج أو قدم الصديق أو قدم الأمير فأنت طالق فمتى قدم باختياره عالماً بيمينه أو جاهلاً وقع الطلاق.

كما إذا قال: إذا دخلت هذه البهيمة الاصطبل فأنت طالق فدخلت وقع الطلاق، وإن قصد به منعه من القدوم لعلمه بأنه يشق عليه طلاقها، قال ابن أبي هريرة: إذا حلف على فعل غيره وهو لا يعلمه ففعله من غير علمه يحنث قولاً واحداً ولا يجيء فيه القولان [١٧/أ] كما لو قال: إن دخل هذا الحمار فأنت طالق فدخل حنث قولاً وحداً، وإذا حلف على فعل غيره مع علمه به ففعله ناسياً أو مكرهاً فيه قولان، والفرق إن الحلف على فعل غيره مع علمه إنما يكون لمنعه من فعله فيكون بمنزلة قوله: إن كلمت زيداً فأنت طالق فيقصد منعها من الكلام فإذا كلمته ناسية فإنها لم تقصد مخالفته وإحناثه فهل يقع الطلاق؟ قولان، وإذا لم تعلم بقصده تعليق الطلاق بصفة خصته على ما بيناهُ، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان بكل حال سواء علم بيمينه ثم نسي أو لم يعلم ذكره أبو حامدٍ والأول أصح، ومنهم من قال: يحنث قولاً واحداً وهو الأشبه بقول الشافعي وهو اختيار مشايخ البصرة، لأن القصد إنما يراعى في قصد دون المحلوف عليه لأن الحالف لا بدّ أن يكون ذا قصدٍ فجاز أن يراعى القصد في فعله ويجوز أن يكون المحلوف عليه غير ذي قصد فلم يراع القصد في فعله.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو قال: كلما قدم فلان فأنت طالق فقدم ثم خرج ثم قدم ثانياً ثم خرج ثم قدم طلقت ثلاثاً لأن الشرط على التكرار.

فرع آخر

لو كان المحلوف على قدومهِ قرابة لأحدهما يرجع إلى قصد الحالف على قصد أن يمنعه من القدوم بيمينه أو أراد أن يجعله صفة له دون اليمين مثل يقصد إلى أن يطلقها إذا حصل معها محرمٌ لها ولا يطلقها وحده.

فرع آخر

لو قال: إذا حصل زيد بأمكَ فامرأتي طالق فحصل بها ميتاً طلقت.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ: إذا رأيتِهِ فرأتهُ في الحالِ حَنِثَ.

قصد به الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها فإن هاهنا إذا رأته في تلك الحال حياً وميتاً

حنث لأنه رأته ميتاً [١٧/ب] كما يقال رأته حياً، وإن رأته ناسياً فعلى ما ذكرنا من الخلاف وكذلك إذا أكرهت على النظر.

فرع آخر

لو قال: إذا رأيت فلاناً فاطلعت في المرآة فرأت صورة زيدٍ فيها أو اطلعت في الماء وزيدٌ في مقابلة الماء لم تطلق لأنها لم تره وإنما رأت مثاله كما لو رأت في المنام.

فرع آخر

لو رأته من وراء زجاج لا يمنع مشاهدة ما وراءه وقع لأنها رأت هاهنا جسم زيد ورأت في المرآة مثال زيد ولا يكون الزجاج الحايل مع وجود الرؤية مانعاً منها.

فرع آخر

لو قال: إن ضربت زيداً فأنت طالق فضربته ميتاً لا يحنث لأن معنى الضرب وهو الإيجاع لم يحصل، ذكره القفال، وقال القاضي الطبري يحنث لأن الضرب اقتضى صفةً من المضروب بخلاف ما لو قال: إن كلمته فأنت طالق فكلمته ميتاً لا يحنث لأن الكلام يقتضي صفة من المكلم ولأنه يراعي ظاهر اللفظ في اليمين ولهذا لو ضربهُ وهو سكران فلم يتألم به بُرّ في يمنه والأولُ أصح عندي.

فرع آخر

لو قال: إن مسسته فأنت طالق فمسته حياً أو ميتاً حنث.

فرع آخر

لو قال: إن قذفتيه فأنت طالقٌ فقذفته ميتاً يحنث لأن قذف الميت كقذف الحي.

فرع آخر

لو قال: إن قذفت فلاناً في المسجد فأنت طالق يشترط أن يكون قاذفاً في المسجد وبمثله لو قال: إن قتلت فلاناً في المسجد فأنت طالق يشترط أن يكون المقتول في المسجد، وإن كان القاتل خارجاً بأن رمى إليه حنث.

فرع آخر

لو قال: من أخبرني منكن بقدوم زيدٍ فهي طالق فأخبرنّهُ معاً طلقن جميعاً لأن كل

واحدة مخبرة، ولو قال من بشرني منكن بقدوم زيدٍ فهي طالق فبشرنه دفعةً واحدةً طلقن جميعاً، [١٨/أ] وإن بشرت واحدة طلقت دون الباقيات لأن البشارة تحصل في الأول وما بعد ذلك فهو خبر ليس ببشارةٍ وهذا إذا كانت المبشرة صادقة، فإن كان كاذبة لا يقع الطلاق لأنه مع الكذب ليس ببشارة لأن البشرى ما سرت وهي لا تسر إلا بالصدق، وكذلك في الخبر عند الكذب لا يقع الطلاق كذا ذكره القفال، واختاره صاحب «الحاوي»، وقال أبو حامد: يقع وإن كانت كاذبة لأن الخبر يدخله الصدق والكذب والخبر ذكر الشيء وقد ذكرت وجماعة من أصحابنا على هذا.

فرع آخر

لو قال: أيتكنَّ أخبرتني إن زيداً قد قدم فهي طالق فإذا أخبرته واحدة بقدومه طلقت وإن كانت كاذبة لأنه علق بالإخبار وقد وجد ذكره القفال.

مسألةٌ: قالَ: ولو حَلَفَ لا تأخذْ مالَكَ عليّ فأجبرهُ السلطانُ فأخَذَ منهُ المالَ حنِثَ، وإن قالَ: لا أعطيكَ لمْ يحنَثْ.

أراد به إذا أجبر السلطان الذي عليه الحق فأعطاهُ مكرهاً وأخذ صاحب الدين مختاراً حنث قولاً واحداً لأنه إنما حلف على الأخذ لا على الإعطاء والإكراهُ إنما يؤثر في الفعل المحلوف عليه دون غيره فأما إذا أجبر السلطان الآخذ فأخذه فيكون على قولين، وإن قبض الحاكم ذلك ثم هو أخذه من الحاكم لم يحنث الحالف لأنه لم يأخذ ما له عليه بل قبض مال نفسه من الحاكم فإن ذمته برئت بقبض الحاكم، ولو وضعه في حجره أو بين يديه لم يحنث لأنه لم يأخذ كذلك، ولو قال: لا تأخذ مني فأخذه الحاكم لم يحنث لأنه لم يأخذ منه، ولو حلف لأعطينّك ما لكَ عليَّ فإن أعطاهُ فأخذ منه حنث سواءً كان الأخذ مكرهاً أو طايعاً إن جعله في جيبه أو كمه أو حجره والقياس أنه يحنث لأنه قد أعطاه وإن أخذه [١٨/ب] وإن أخذهُ السلطان منه ثم أخذه من له الحق لم يحنث لأنه ما أعطاه وإنما أعطاه السلطان، ولو أجبره السلطان فأعطى بنفسه فيه قولان، ما ذكرنا.

فرع

لو قال: إن أخذت حقك فأنت طالق فجاء رجل وقضى دينه عنه قال الدارمي: لا يحنث لأنه بدل حقه وعندي يحمل وجهاً آخر.

فرع آخر

لو قال لغريمه: امرأتي طالق إن لم أجرّك على الشوك ولا نيه له، قال بعض أصحابنا

إذا ماطله مطالاً بعد مطال بَر في كلامه وعلى هذا لو حلف أنه يضربها حتى تموت ولا نية له فضربها ضرباً مؤلماً بُرَّ.

مسألة: قالَ: ولو قالَ: إن كلمتِهِ فأنتِ طالقٌ فكلمَتْهُ حيثُ يسمعُ حنِثَ، وإنْ لمْ يسمعْ.

إذا قال إن كلمتِ فلاناً فأنت طالقٌ فكلمته حيث يسمع حنث، وإن لم يسمعه لعارض ضجة أو لغط أو شغل لأنه يقال: كلمته فلم يسمع وإن كلمته لحنث لا يجوز أن يسمعه لانخفاض صوتها وبعد ما بينها وبينه من المسافة لم يحنث لأن الكلم عبارة عن خطاب يفهمه المخاطب، وقال القفال هاهنا: وإن سمع أيضاً لا يحنث وهذا غريب.

فرع

لو كان أصم قال أبو إسحاق: ينظر فإن كلمته ورفعت صوتها بحيث يجوز أن يسمعه مثله وقع الطلاق، وإن لم يسمع لأن الاعتبار بإمكان السماع وإن كلمه بحيث لا يجوز أن يسمعه الأصم لم يحنث، وإن كان السميع يسمع مثله، وقال أبو حامد وجماعة: فيه وجهان، **أحدهما**: يحنث لأن عارض الصمم كعارض اللغط وهو اختيار القفال. **والثاني**: لا يحنث لأنها لم تكلمه بشيء يسمع مثله وهذا أظهر لأن مثله غير مكلّم قال اللّه تعالى: ﴿وَلَا تُسۡمِعُ ٱلصُّمَّ ٱلدُّعَآءَ إِذَا وَلَّوۡاْ مُدۡبِرِينَ﴾ [النمل: ٨٠].

فرع آخر

قال في «الحاوي»: لو أشارت بالكلام إليه حتى علم فيه وجهان [١٩/أ] **أحدهما**: لا يحنث لأن الإشارة ليست كلاماً. **والثاني**: يحنث لأن هكذا يكلم الأصم.

فرع آخر

لو كلمت الحائط كلاماً لم يسمعه إلا زيد فيه وجهان، **أحدهما**: لا يحنث كما لو كلمت غيره، **والثاني**: يحنث لأن الحائط لا يكلم فصار الكلام متوجهاً إلى من يجوز أن يكلم.

فرع آخر

لو كلمته ميتاً أو نائماً لم يحنث لأن الموتى لا يكلمون وإنما يكلم من يسمع ويجيب، فإن قيل فقد كلم النبي ﷺ قتلى بدرٍ فقال: «يا شيبة يا عتبة فقيل له: أتكلم الموتى؟ فقال:

«الستم بأسمع منهم»[١] قيل تلك معجزة النبي ﷺ والميت لا يسمع، قال اللّه تعالى: ﴿وَمَآ أَنتَ بِمُسْمِعٍ مَّن فِى ٱلْقُبُورِ﴾ [فاطر:٢٢].

فرع آخر

لو كلمته وهو مجنون مغلوب عليه لم يحنث لأن مثله لا يكلم، وقال القفال في المجنون: يحنث وهذا حسنٌ عندي.

فرع آخر

لو كلمته وهي سكرانة حنث لأن فعل السكرانة بمنزلة فعل الصاحية، وقال القفال: فيه قولٌ مخرج لا يحنث من طلاق السكران فإنه لا يقع في أحد القولين، وإن كان المكلم سكراناً فإن كان مختلط العقل بحيث لا يميز ولا يسمع مثله لا وإلا فيحنث.

فرع آخر

لو كلمته ناسيةً حنث قولاً واحداً وهو اختيار البصريين، وقال بعض أصحابنا فيه قولان وهكذا لو كلمته مكرهةً، وقال جماعة من البصريين هاهنا على قولين وفي غير هذا الموضع إذا علقه على فعل الغير فوجد مع النسيان قول واحد أنه يحنث، والفرق أن ما لا يقصد من الكلام ليس بكلام يجري ذلك مجرى هذيان النائم ولو كلمت وهي مجنونة لم يحنث.

فرع آخر

لو سلمت على جماعة وفيهم ذلك الرجل فإن لم تعنى لهُ حنث وإن عزلته بنيتها ففي حنثه وجهان.

فرع آخر

لو مزح فقال إن كلمت حماراً أو ميتاً أو جداراً فأنت طالق فكلمت به حنث في يمينه.

فرع آخر

لو كلمتهُ [١٩/ب] مكرهةً فعلى قولين كما ذكرنا.

---

(١) أخرج نحوه أحمد في «مسنده» (١٤٠٩٦).

فرع آخر

لو قال: إن أمرتك بأمر فخالفتيني فأنت طالقٌ ثم قال: إن لم تصعدي السماء فأنت طالق فيه وجهان، **أحدهما**: طلقت لأنه لم تفعل ما أمرها، **والثاني**: لا تطلق لأن الأمر في العرف ما أمكن إجابة المأمور إليه وهذا غير ممكن.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ لمدخولٍ بها: أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ[١].

الفصل

إذا قال لامرأته: أنت طالق أنت طالق أنت طالق فإن لم يكن دخل بها بانت بواحدة على ما ذكرنا، وإن كانت مدخولاً بها وقعت الأولى وسُئل عن الثانية والثالثة، فإن قال: أردت الاستئناف بكل واحدة منها طلقت ثلاثاً، وإن قال: أردتُ التأكيد وإفهام الطلاق امرأته فالقول قوله ولم يقع غير الأولى فإن خالفته الزوجة يحلف الزوج وهكذا لو قال: أردت بالثانية الاستئناف وبالثالثة التأكيد فهو على ما نوى، وإن لم يكن له نية فيه قولان: إحداهما: نص عليه في «الأم» طلقت ثلاثاً وهو الأصح واختيار المزني وبه قال مالك وأبو حنيفة لأن الكلام الثاني مستقل بنفسه غير متعلق بالأول ولا يمين عليه فيلزمه به ما يلزم بالأول ولأن لفظ الإيقاع يقتضي وقوع الطلاق وإنما يحتمل التأكيد إذا أريد به كما محتمل لفظ العموم التخصيص ولكن لا يحمل على التخصيص إلا عند الإرادة، والثاني قاله في «الإملاء»: طلقت واحدة لأنه يحتمل الاستئناف فلا يجوز إيقاع الطلاق بالشك.

فرع

غاير بين الألفاظ بحروف العطف وقال: أنت طالق وطالق فطالق أو بل طالق أو ثم طالق يقع ثلاث تطليقاتٍ، قال في «الأم»: فإن قال أردت به [٢٠/أ] الإفهامَ والتأكيد لم يدين في الحكم وهذا يدل على أنه يدين فيما بينه وبين اللّه تعالى، ولو قال: أنت طالق فطالق طلقت اثنتين بخلاف ما لو قال: عليَّ درهم فدرهم وقد ذكرناه في الإقرار.

فرع آخر

قال في «الإملاء»: لو قال: أنت طالق وطالق لا بل طالق إن أراد بالثلاث الاستئناف أو أطلق كان ثلاثاً، ولو قال: إنما شككت في الثانية هل أوقعتها ثم استدركت إيقاعها ظناً مني أني ما أوقعتها فالقول قوله ولا يقع الثالثة لأن الاستدراك في هذا صحيح، وقال في

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٢١٩).

«الحاوي»: إن أراد في الباطن فالأمر على ما قاله، وإن آراد أنها لا تقع ظاهراً وباطناً ففيه نظر لأن تغاير الألفاظ يجعل لكل طلقةٍ حكم نفسها فلا يقبل منه في ظاهر الحكم ما أدى إلىٰ وقعها.

فرع آخر

لو غاير من ألفاظ الطلاق مع اتفاق الحروف بأن يقول: أنت طالق، أنت مفارقة، أنت مسرّحة فيه وجهان، **أحدهما**: يكون لمغايرة الحروف فتطلق ثلاثاً من غير سؤال لأن الحكم بلفظ الطلاق أخص منه بحروف الطلاق، **والثاني**: يغلب حكم الحروف المشاكلة وإن كانت ألفاظ الطلاق متغايرة لأن الحروف هي العاملة في وقوع الحكم باللفظ فعلى هذا يرجع إلى ما أراد بالثانية والثالثة، فإن أراد التأكيد أو الاستئناف يقبل وإن أطلق فيه قولان.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق وطالق وطالق وقع الأول والثاني ويرجع في الثالثة إليه لأن الثالث على صفة اللفظ الثاني ولذلك لو قال أنت طالق فطالق فطالق أو طالق بل طالق بل طالق أو طالق ثم طالق ثم طالق، وكذلك لو قال أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، وقال ابن البياض تطلق هاهنا ثلاثاً بلا إشكال.

فرع آخر

لو قال: هاهنا أردت بالثانية التكرار وبالثالثة الاستئناف [٢٠/ب] قبل قوله في الثالثة ولم يقبل قوله في الثانية لأنها خلاف الظاهر وقد قلنا في اللفظتين المختلفتين يحمل الثاني على الاستئناف في الحكم.

فرع آخر

لو اتفقت الألفاظ ولكن قال: أردت بالثانية الإيقاع والاستئناف وبالثالثة تأكيد الأولى فيه وجهان لأصحابنا أحدهما: لا يجوز ذلك ويقع الثلاث كما لو فصل اللفظ من اللفظ لأنه لا يجوز أن يتخلل بين المؤكد والمؤكد به كلامٌ، والثاني: يجوز ذلك ويقع الاثنان على ما أراد.

فرع آخر

لو قال: أنت طا طا طالق طلقت واحدة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثم بعد مضي زمان قال: أنت طالق يقع ثنتان وإن أراد به التأكيد لا يقبل في الحكم بخلاف ما لو أقر بدرهم ثم أقر بدرهم يقبل وقد ذكرناه في كتاب الإقرار.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق واحدة بل ثنتين طلقت ثلاثاً ذكره ابن سريج لأنه قد استدرك باثنتين الاضراب عن واحدة ولا يصح الاضراب عن الأولى، وقال بعض أصحابنا: هذا غير صحيح بل لا يلزمه إلا طلقتان لأنه إذا استدرك زيادةً على الأولى بطل حكم الاضراب لدخوله في المستدرك كما لو قال: علي درهم لا بل درهمان لم يلزمه إلا درهمان.

فرع آخر

قال لإحدىٰ زوجتيه: أنت طالق واحدة لا بل هذه ثلاثاً طلقت الأول واحدة وطلقت الثانية ثلاثاً لأنه استدرك بالثانية الإضراب عن طلاق الأولى ولا يمكن الإضراب عن الأولى.

فرع آخر

لو قال لزوجة واحدة: أنت طالق واحدة لا بل ثلاثاً إن دخلت الدار قال ابن الحداد: طلقت في الحال واحدة وطلقت بدخول الدار وتمام الثلاث إن كانت مدخولاً بها وهذا قياس قول ابن سريج في قوله: أنت طالق واحدة لا بل اثنتين يقع ثلاث وقال [٢١/أ] بعض أصحابنا: هذا غير صحيح لدخول الواحدة في الثلاث فاقتضى أن يكون الشرط راجعاً إلى الجميع ولا تطلق قبل دخول الدار شيئاً، فإذا دخلتها طلقت ثلاثاً وهذا اختيار صاحب الحاوي.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ: أنتِ طالقٌ طلاقاً فهيَ واحدةٌ[١].

هذا تأكيد الكلام بالمصدر فإن نوى به التأكيد أو أطلق حمل على التأكيد، وإن نوى به طلقة مستأنفة وقعت لأنه يحتمل، وإن نوى به الثلاث وقع الثلاث بلا خلاف وهكذا لو قال أنت طالق الطلاق.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢٢٤).

مسألةٌ: قالَ: وكلُّ مكروهٍ ومغلوبٍ علىٰ عقلِهِ فلا يلحقُهُ الطلاقُ.

في اللفظ إشكال لأن الإكراه إذا كان بحق في المولي يقع الطلاق فيحتمل أنه قصد به الرد على أبي حنيفة رحمه اللّه فلم يستعمل تمام البيان ويحتمل أنه قصد الإكراهين بالبيان ولكن أجاب عن أحد القولين في المولي أنه لا يجبر على الطلاق بل يطلق القاضي وهو اختيار المزني وعامة أصحابنا طلاق المكره غير واقع في الجملة لذلك عتقه وعقوده إذا قصد باللفظ دفع الإكراه عن نفسه والأصل فيه أن القصد إلى اللفظ في الطلاق معتبر عندنا فإذا لم يقصد لم يقع ولهذا لو سبق لسانه الطلاق لا يقع فيما بينه وبين اللّه تعالى وبه قال مالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وروي ذلك عن عمر وعلي وعبد اللّه بن عمر وعبد اللّه بن الزبير وعبد اللّه بن عباس وشريح والحسن وعطاءٍ والقاسم وجابر بن زيد وسالم وعمر بن عبد العزيز رضي اللّه عنهم، وقال أبو حنيفة والثوري: طلاق المكره وعتقه نافذ وبه قال النخعي والزهري وقتادة والشعبي وقال أبو حنيفة: نكاحه ينفذُ أيضاً وسائر العقود لا تنفذ ولكن تنعقد وله فسخه وهذا غلط [٢١/ب] لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا طلاق في إغلاق»[١]، قال أبو عبيد والعتبي: الإغلاق الإكراه. وروت عائشة رضي الله عنها مرفوعاً إلى النبي ﷺ قال: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»[٢]. وروي «في غلاق»[٣] وروى قدامه بن إبراهيم أن رجلاً تدلى بحبل يشار عسلاً في زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه فجاءته امرأته فوقفت على الحبل فحلف لتقطعنه أو لتطلقني ثلاثاً فذكرها الله والإسلام فأبت إلا ذلك فطلقها ثلاثاً فلما ظهر إلى عمر ابن الخطاب فذكر له ما كان منها إليه ومنه إليها فقال: «ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق»[٤]، وروي أنه قال: لا طلاق في إغلاق. وروى أبو أمامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ليس على مقهور يمين»[٥].

وقال ثابت الأعرج تزوجت أم ولد لوالد عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وله منها ولد فوثب عبد الرحمن فجعل الرهن في رجلي يقول: تزوجت أم ولد أبينّا بغير علم منا فوالله ما ننزع منك حتى تطلقها ثلاثاً فطلقتها ثم لحقت بعبد الله بن الزبير فقال: لا طلاق لمستكرهٍ أنت أحق بإمرأتك ثم سألت ابن عمر فقال ما قال ابن الزبير فولد له رجلان قال عمرو بن

(١) ذكره العجلوني في «**كشف الخفاء**» (٢/ ٤٩٢).
(٢) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكره والناسي (٢٠٤٦) وأحمد في «**مسنده**» (٢٥٨٢٨).
(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الطلاق على غلط (٢١٩٣).
(٤) أخرجه البيهقي في «**الكبرى**» (٧/ ٣٥٧).
(٥) أخرجه الدارقطني في «**سننه**» (٤/ ١٧١).

دينار وقد رأيتهما فإن قيل: روى أبو عبيد عن يزيد بن عبد الملك عن أبيه قدامه بن إبراهيم أنه قال فرفع الأمر إلى عمر فأبانها منه قيل قال أبو عبيد روي عن عمر خلافه، قال الشيخ أحمد البيهقي رحمه الله: المحفوظ عن عمر ما ذكرنا، وهذا أشبه أن يكون غلطاً من أبي عبيد أو من يزيد، واحتجوا بما روي أن رجلاً كان نائماً مع امرأته فجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت له: طلقني ثلاثاً أو لأذبحنك فطلقها ثلاثاً ثم أتى النبي ﷺ [٢٢/أ] فأخبره بذلك فقال: «لا قيلولة في الطلاق»[١] قلنا: لم يقبل قوله في الإكراه، وهو ظاهر من حالة أن المرأة لا تقدر على ذلك فطلقها طوعاً، فإذا تقرر هذا فلا خلاف أنه إذا طلق مكرهاً، وورّىٰ بغيره بأن قال: أردتُ من وثاق أو أردت أنها كانت طالق من زوج غيري يقبل في الحكم ولا يقع شيء بخلاف حالة الطوع، لأنه لو أراد ذلك لا يقبل في الحكم لأن الظاهر من الإكراه أنه أراد ما قال ولا خلاف أنه لو اختار اللفظ وأقر به أو أكره على طلقة واحدة فطلقها ثلاثاً أو أكره على تعليق الطلاق بصفة فنجزه أو أكره على التنجيز، فعلق أنه يقع الطلاق وحكىٰ شيخنا ناصر رحمه الله عن أبي الوليد النيسابوري من أصحابنا أنه قال: لا يقع وإن نوى الطلاق لأن اللفظ من غير اختياره فبقي مجرد النية وهذا ضعيف، وإن أطلق ولم ينو ولم يور بغيره لا يقع الطلاق أيضاً عند أكثر أصحابنا، وقال بعضهم: فيه وجهان، **أحدهما**: هذا لأنه لفظ حمل عليه من غير حق فلا حكم له كالإقرار بالطلاق. **والثاني**: أنه يقع الطلاق لأنه كان قادراً على التورية فتركها فصار مختاراً للطلاق ولهذا تلزمه التورية إذا إكره على كلمة الكفر وهذا اختيار القفال.

فرع

المولى إذا أكره على الطلاق عند امتناعه من الفيء فطلق يقع الطلاق لأنه إكراه بحق، ولو نذر عتق عبد بعينه فامتنع من إعتاقه فأكره حتى أعتق نفذ لما ذكرنا، وعلى هذا لو أكره الذمي على الإسلام فأسلم لا يصح إسلامه لأنه لا يحل إكراهه عليه، ولو أكره الحربي على الإسلام فأسلم صح إسلامه [٢٢/ب] لأنه إكراه بحق، ولو أكره الذمي أو الحربي على الإقرار بالإسلام فأقر لا يصح لأنه لا يجب على المسلم إكراه واحد منهما على الإقرار بالإسلام إنما يجب في الحربي الإكراه على إنشاء الإسلام. ولو قال: طلق امرأتك وإلّا اقتصصتُ منك لا يكون إكراهاً لأنه أوعده بالحق.

(١) أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (٢/ ٢١١).

فرع آخر

لو قال: طلق وإلا قتلتُ نفسي لا يكون إكراهاً.

فرع آخر

حد الإكراه ماذا؟ قال أصحابنا: أصل الإكراه يفتقر إلى ثلاث شرائط: أن يكون المكره قاهراً غالباً وهو على ضربين، أحدهما: أن يكون عام القدرة كالسلطان والمتغلب، والثاني: أن يكون خاص القدرة كاللص والسيد مع عبده. والثاني: أن يغلب على ظن المكره إن الذي يطلب منه متى لم يفعله وقع به الوعيد الذي يهدده. والثالث: أن يكون الذي يهدده به مما يلحقه به ضرر فيما يخصه في نفسه.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في الضرر الذي يتواعد به، منهم من قال: أن يخاف قتلاً أو جرحاً وقد قال أبو إسحاق قريباً من هذا وذلك أنه قال: الإكراه فعل مبرح أو فعل مؤثر تأثيراً يؤدي إلى الموت، فأما إذا هدده بأخذ ماله أو حبسه من غير منع الطعام والشراب فلا يكون إكراهاً حتى لو هدد بأخذ ماله لا يكون إكراهاً، وقال أيضاً لا إكراه إلا أن ينال بالضرب. وقال ابن أبي هريرة: هذا كله إكراه، والتهدد بأخذ المال وإتلافه إكراه لأن النبي ﷺ جعل له أن يدفع عن ماله كما جعل له أن يدفع عن نفسه وإن هدده بالضرب اليسير والصفع والشتم والحبس فإنه يختلف باختلاف أحوال الناس، لأن في كل هذا ضرراً [٢٣/أ] وقد قال الشافعي رحمة اللّه عليه في «كتاب الإقرار» المكره من يخاف مخوفاً عليه دلالة أنه إن امتنع من قبول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم والاختلاف باختلاف أحوال الناس، أما إن كان الرجل من ذوي المروات والأشراف الذي يستضر بالضرب اليسير والشتم والحبس القليل كان إكراهاً، وإن كان من الشطار والسقاط الذين عادتهم الضرب والشتم والحبس لا يكون إكراهاً، وبه قال صاحب الإفصاح وهو الصحيح والمذهب، وقال القفال في «شرح عيون المسائل»: حدُ الإكراه في كل موضع أن يخوف الرجل بما لا يطيقه ويشق عليه تحمله في بدنه مثل القتل أو الضرب المبرح أو الحبس الطويل، فأما اللطمة واللطمتان أو حبس يوم أو يومين أو كان شريفاً فخوف بأن يجرد من ثيابه في الملأ أو ينكل به في البلد، أو يركب حمراً ويطاف به، ونحو ذلك فليس بإكراهٍ وكذلك الإكراه بإتلاف المال، لأن الإكراه في البدن لا في المال، وعلى هذا لو قال لرجل: إن أتلفت مال فلانٍ وإلا قتلك فأتلف فهو مكره ولا يغرم المال الذي أتلفه، وبمثله لو قيل: له إن أتلفت مال فلان وإلا أتلفنا مالك فأتلف فعليه الضمان ولا نجعله مكرهاً. قال: وقد غلط أهل هراة في صورة المكره وكنت

بها وقد انجلى عنها الرئيس القديم وأقيم مقامه سواه كان هذا الرئيس الثاني يأتي بأقوام من أهل هراة يتهمهم بأن عندهم ودايع ذلك الرئيس القديم فينكرون ويحلفون بالطلاق ويطلقهم فسئلت عن وقوع الطلاق في هذه الحالة فأفتيت بأن الطلاق يقع فنازعني أهل هراة فيها، وقالوا: يجب أن لا يقع لأنها يمين مكرهٍ [٢٣/ب] فقلت: ليس هذا يمين مكره لأن الإكراه أن يخوف في بدنه بشيء فأما في مال غيره فلا إكراه، فإذا حلف أن لا وديعة عندي بالطلاق وعنده وديعةٌ فكأنه افتدى المال بالطلاق فوقع الطلاق إذ الإكراه هاهنا ليس على الطلاق وعلى هذا لو حبس السلطان رجلاً ليصادر فباع أمواله في تلك الحال فالبيع نافذ لأنه لم يكره به على البيع وإنما أكرهه على بدل ماله والفتوى عندي هاهنا أن يحلف ويوري ولا يقع الحنث حتى لا يتلف مال الغير والله أعلم، وروي عن أحمد في رواية أنه قال: الوعيد لا يكون كرهاً لأنه لم يلحقه ما يستضر به، وقال: الكره إذا كان القتل أو الضرب الشديد وهذا غلط لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد، لأنه لا يمكن إزالة ما يقع به وإنما يخاف ما يوعد به وقد قال شريح: القيد كره والوعيد كره وفي قصة المشتار عسلاً لم يكن إلا الوعيد، وذكر صاحب «الحاوي» هذا الفصل شرحاً حسناً فأوردته على وجهه وذلك أنه يعتبر في المكره ثلاثة شروط، أحدها: أن يكون قاهراً على ما ذكرنا. والثاني: أن يغلب في النفس بالإمارات الظاهرة أنه سيفعل ما يتوعد به إن لم يجب. والثالث: أن يكون لظلم ويعتبر في المكره ثلاثة شروط أحدها: أن لا يقدر على دفع الإكراه عن نفسه لا الذبّ من المكره، والثاني: أن يعلم إن خوّف المكره بالله تعالى لم يخف لبغيه. والثالث: أن لا يكون له ناصر يمنع منه ولا يمتنع بكفه عنه، فإن عدم أحدها لا يكون مكرهاً، قال: والإكراه ادخال الضرر البين على المكره، وذلك يكون من أحد سبعة أوجه، **أحدها**: القتل وهو الأعظم، **والثاني**: الجرح إما بقطع طرفٍ أو إنهار دمٍ فهو إكراه [٢٤/أ] للألم وربما يسري إلى النفس، **والثالث**: الضرب يكون إكراهاً لألمه وضرره إلا أن يكون في قوم أهل الشطارة والصعلكة الذين يتفاخرون بالصبر على الضرب فلا يكون إكراهاً في أمثالهم. **والرابع**: الحبس. **والخامس**: أخذ المال. **والسادس**: النفي عن بلده، **والسابع**: السب والاستخفاف.

فرع آخر

قال: لو هدد بقتل غيره فإن كان بينهما بعضية كالوالدين وإن علوا والمولودين وإن سفلوا، كان إكراهاً لأن البعضية تقتضي التمازج في الأحكام. وقال القاضي الطبري: لو هدده بإدخال الضرر على ولده فهو كنفسه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان، وليس بشيء، وإن كان من غير ذي رحم محرم كبني الأعمام والجار والصديق لا يكون

إكراهاً لأن بين جميع الناس تناسباً بعيداً، وإن كان ذا رحم محرمٍ كالإخوة والأعمام والعمات فهل يكون التهديد بقتلهم إكراهاً؟ وجهان، أحدهما: لا يكون إكراهاً لعدم البعضية. والثاني: يكون إكراهاً لوجود المحرمية كالوالدين.

فرع آخر

قال: لو هدده بطول الحبس كان إكراهاً، وإن كان قصير الزمان كاليوم ونحوه لا يكون إكراهاً لقربه وقلة ضرره، وإن كان لا يعلم طوله ولا قصره كان إكراهاً لأن الظاهر من المحبوس على شيء أنه لا يطلق إلا بعد فعله وحكم القيد إذا هدد به حكم الحبس لأنه أحد المانعين من التصرف.

فرع آخر

قال: إذا خوف بأخذ المال ينظر فإن كان كثيراً يؤثر أخذه في حاله كان إكراهاً وإن كان قليلاً لا يؤثر في حاله لا يكون إكراهاً، وإن كان كثيراً إلا أنه لا يؤثر في حاله لسعة ماله فيه وجهان، أحدهما: يكون إكراهاً لقدر المال للنفوس به، والثاني: لا يكون إكراهاً اعتباراً [٢٤/ب] بحاله التي لا يؤثر المأخوذ فيها، وقال الماسرجسي: لو قيل لغني: إفعل كذا وإلا أخذت منك خمسة دراهم لا يكون إكراهاً.

فرع آخر

لو أكرهه بالنفي عن بلده فإن كان ذا ولد وأهل ومالٍ لا يقدر على نقله معه كان إكراهاً، وإن قدر على نقلها ومكن منها فيه وجهان، أحدهما: لا يكون إكراهاً لتساوي البلاد كلها في مقامه فيما شاء منها، والثاني: يكون إكراهاً لأن النفي يكون عقوبةً كالحد وفيه مشقة شديدة.

فرع آخر

قال: في السبّ والاستخفاف إن كان من عامة الناس وسفلتهم الذين لا يتناكرون ذلك فيما بينهم ولا ينقص جاههم لا يكون إكراهاً فيهم، وإن كان من ذوي الصيانات وذوي المروءات فيه وجهان، **أحدهما**: يكون إكراهاً لما يلحقهم من وهن الجاه وألم القلب. **والثاني**: لا يكون إكراهاً لأن الناس علموا أنه مظلوم به، قال: والأصح عندي أنه ينظر في حال الإنسان فإن كان من أهل الدنيا وطالبي الرتبة فيها كان ذلك إكراهاً في مثله لأنه ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه، وإن كان من أهل الآخرة وذوي الزهادة في الدنيا لم يك ذلك

إكراهاً في مثله، لأنه لا ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه، بل ربما كان أعلا لذكره مع كثرة ثوابه، هذا مالك بن أنس رحمه اللّه جرد السياط فيما كان يفتي به من سقوط يمين المكره فكأنما كان حلياً حُلّيَ به في الناس.

فرع آخر

ينظر في المكره فإن تلفظ به غير قاصد للفظه ولا مريد لإيقاعه لم يقع، وإن قصد لفظه وأراد إيقاعه يقع، وإن قصد لفظه ولا يريد إيقاعه فيه وجهان، أحدهما: لا يقع لفقد الإراد في الوقوع. والثاني: يقع لقصده لفظه والمختار إذا تلفظ به ولم يرد [٢٥/أ] وقوعه وقع.

فرع آخر

طلاق الهازل وعتقه نافذ بلا خلاف لأنه اختار لفظ، وإن لم يختر حكمه وصورته أن يقول لزوجته: طلقتك ظنها أجنبية ونحو ذلك وهذا لقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح»[1] وروى أبو هريرة «النكاح والطلاق والرجعة»[2].

فرع آخر

لا يقع طلاق المغلوب على عقله من المجنون والنائم والمغمى عليه، ولا يقع طلاق الصبيّ لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»[3]، وقال علي رضي اللّه عنه: كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي[4]. وقال أحمد في رواية: إذا عقل الصبي الطلاق يقع طلاقه وهذا غلط لما ذكرنا ولا غير مكلفٍ كالمجنون.

---

(١) ذكره الشيباني في الحجة (٣/ ١٧٧).

(٢) أخرجه الترمذي في الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق (١١٨٤) وأبو داود في الطلاق، باب في الطلاق عن الهزل (٢١٩٤) وابن ماجه في الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً (٢٠٣٩).

(٣) أخرج نحوه الترمذي في الحدود عن رسول الله، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد (١٤٢٣) والنسائي في الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج (٣٤٣٢) وأبو داود في الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً (٤٤٠٣) وابن ماجه في الطلاق باب طلاق المعتوه، والصغير والنائم (٢٠٤١).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٦/ ٤٠٩) بلفظ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه».

مسألة: قالَ: طلاقُ السكرانِ مِنْ خمرٍ أو نبيذٍ.

الفصل

نصَّ الشافعي رضي اللّه عنه في عامة كتبه: أن طلاق السكران واقع ونصّ على أنه إذا أسلم في حال سكره ثم ارتد استتيب فإن تاب وإلا قتل. قال: المزني وقال الشافعي في «التنبيه»: في ظهار السكران قولان، وهذا لا يعرف للشافعي ولكن نقله المزني عن إمالة القديم ولعله سمعه منه لفظاً فيكون طلاقه على قولين أيضاً.

أحدهما: يقع وبه قال ابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والنخعي وسعيد بن المسيب ومجاهد وعطا والحسن ومحمد بن سيرين والأوزاعي ومالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد في رواية. والثاني: لا يقع، وبه قال عثمان بن عفان وربيعة والليث وطاوس ويحيى بن سعيد وهو اختيار المزني وابن سريج وأبي سهل الصعلوكي وسهل وأبي ظاهر الزيادي والكرخي [٢٥/ب] وإسحاق وأبي ثورٍ وداود وابن القاسم الصفار من أصحابهم وهو رواية عن علي وابن عباس رضي اللّه عنهم وهو الصحيح عندي، وبه أفتي، رووراه بعض أصحابنا عن عمر ابن عبد العزيز وأبي ثور، وقيل: قولٌ واحدٌ للشافعي أنه يقع ولم يوجد في القديم ما نقل المزني، وإن ظفر به المزني فلعله حكاية مذهب الغير وعلى هذا أكثر أصحابنا، وروي أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران فقالا: إذا طلق السكران جاز طلاقه وإن قتلَ قُتل[1]، وقال الحسن: السكران يجوز طلاقه وعتقه ولا يجوز شراؤه ولا بيعه[2]، وقال الزهري: أتُي عمر بن عبد العزيز برجل سكران فقال: إني طلقت امرأتي وأنا سكران فكان رأي عمر معناه أن نجلده وأن يفرق بينهما فحدثه أبان بن عثمان عن عثمان رضي اللّه أنه قال: ليس للمجنون والسكران طلاق، فقال عمر: كيف تأمروني وهذا يحدثني عن عثمان؟ فجلده ورد إليه امرأته[3]. قال الزهري: فذكر ذلك له جابر بن حيوة فقال: قرأ علينا عبد الملك بن مروان كتاب معاوية بن أبي سفيان فيه السنن إن كل أحدٍ طلق امرأته جائز إلا المجنون والدليل على أنه لا يقع طلاقه أنه لا يعلم ما يقول فأشبه النائم فإن قيل: النائم النائم غير عاصٍ وهذا عاصٍ فخلط عليه قلنا: باطل بالنائم وقت الصلاة حتى تخرج وقتها عمداً فإنه عاصٍ ولا يقع طلاقه فإن قيل: هو عاصٍ بترك الصلاة لا بالنوم قلنا: هذا

---

(١) أخرجه مالك في الطلاق، باب أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران.

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٧/ ٣٥٩) (١٤٨٨٩).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٧/ ٣٥٩) (١٤٨٩٠).

عاصٍ بالشرب لا بالسكر فإنه من اللّه تعالى، وكما أن السكر تولد من الشرب فكذلك [٢٦/أ] تولد من النوم فلا فرق، وأيضاً لو ضرب على رأسه بشيء حتى زال عقله ثم طلق لا يقع طلاقه بالإجماع، وهذا عاصٍ واحتج الشافعي رحمه اللّه تعالى على من خالفه في وقوع الطلاق بأن المعصية بشرب الخمر لا تسقط عنه فرضاً ويعاقب، فلا يقاس على المثال بزوال عقله وهو المجنون وهذا ظاهر ولكن يدخل عليه ما ذكرنا واللّه أعلم.

فإذا تقرر هذا قال أصحابنا: حد السكر أن يختلط كلامه ويتمايل في مشيه، وقال أبو ظاهر الزيادي: هو أن يصير إلى حالة سدر من لسانه كلامه من غير قصده، وقال العامري: عند أبي حنيفة هو أن يذهب عقله كله بحيث لا يعرف الأرض من السماء ولا المرأة من الرجل، وقال أبو يوسف: حده أن يذهب عقله بحيث لا يقيم منطقاً ولا جواباً، قال القفال: سمعتُ هذا عن أصحاب أبي حنيفة رحمه اللّه وكنت أنكر أن هذا كيف يتصور حتى سمعتُ المحمودي من أصحابنا قال: كنت أجتاز ببعض الطريق فإذا أنا بسكران وقع في وحلٍ وكان البرد شديداً وهو يقول: يا ستي سلي اللحاف ظناً منه أنهُ نايم في بيته فعلمتُ أنه لا يعرف الليل من النهار والسماء من الأرض والوحل من اللحاف.

فرع

إذا أكره السكران وأوجر في حلقه لا طلاق لارتفاع المأثم وأصحاب أبي حنيفة يختلفون فيه.

فرع آخر

لو قال: أكرهت على السكر ولم أعلم أنه مسكر وقد طلق فالقول قوله مع يمينه.

فرع آخر

اختلف أصحابُنا في علة وقوع الطلاق، فقال ابن سريج: العلة فيه أنه متهم فيه لفسقه [٢٦/ب] ولا يعلم سكره إلا من جهته فعلى هذا يلزمه الطلاق وجميع الأحكام المغلظة والمخففة في الظاهر دون الباطن ويدين فيما بينه وبين اللّه تعالى، ومن أصحابنا من قال: العلة أنه يغلظ عليه بالمعصية فعلى هذا يلزمه التغليظات وما كان يحيط كالنكاح والرجوع وقبول الهبات والبياعات لا تصح، وقال جمهور أصحابنا: العلة إسقاط حكم سكره بتكليفه وإنه كالصاحي فعلى هذا يصح الجميع التغليظ والتخفيف ظاهراً وباطناً، قال القاضي أبو حامد: وكنت أذهب إلى الوجه الثاني حتى وجدت نصاً للشافعي أنه يصح رجعته وإسلامه من الردة فرجعت إلى هذا الوجه الآخر.

فرع آخر

قال القفال: الصحيح أن في جميع أقواله وأفعاله قولين حتى في وجوب القصاص عليه بالقتل والحد بالقذف ففي أحد القولين حكمه حكم الصاحي وفي القول الثاني حكمه حكم المجنون، ومن أصحابنا من قال: القولان في الأقوال دون الأفعال ومن أصحابنا من قال: فيما عليه قول واحدٌ أنه كالصاحي وفيما له قولان.

فرع آخر

لو شرب دواءً أو بنجاً فزال عقله فإن كان للدواء فهو معذور كالمجنون لا يقع طلاقه، وإن قصد به زوال العقل للّهو والجنون فلا نص فيه ولكن قياس ما قال في الصلاة أنه يلزمه قضاء الصلوات وهو كالسكران، وقال في «الحاوي» فيه وجهان، أصحهما: أنه كالسكران لأنه عاص. والثاني: وبه قال أبو حنيفة لا يقع طلاقه وأن كان عاصياً لأن الشراب مطرب تدعو النفوس إلى تناوله تغلظ حكمه زجراً عنه كما بالحدِ بخلاف هذا، وحكى العامري عنه [٢٧/أ] أنه لو أغمي عليه من سكره لا يقع طلاقه أيضاً.

فرع آخر

لو سكر ثم جن فإن لم يتولد الجنون من سكره لايقع طلاقه، وإن تولد من سكره فحكمه حكم السكران وإن جن ثم سكر لا يقع طلاقه وهو كغير السكران.

فرع آخر

إذا قلنا لا يقع طلاقه ينبغي أن لا يفعل الطلاق حين قاله يتقين زوال عقله حتى يقبل قوله فأما إذا اتهمناه أو قال بعد الصحو: عقلت الطلاق حين تكلمت يقع طلاقه بلا إشكال.

باب الطلاق والحساب والاستثناء(١)

مسألةٌ: قالَ: ولوْ قالَ: أنتِ طالقٌ واحدةً في اثنتينِ.

الفصل

إذا قال لها: أنت طالق واحدة في اثنتين لا يخلو إما أن يكون عارفاً بالحساب أو جاهلاً فإن كان جاهلاً فإن نوى مقرونه باثنتين طلقت ثلاثاً ويكون معنى قوله في اثنتين أي

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢٣٩).

مع اثنتين وقد يذكر ذلك ويراد به كما قال تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ حَقَّ عَلَيۡهِمُ ٱلۡقَوۡلُ فِيٓ أُمَمٍ﴾ [الأحقاف: ١٨] أي مع أمم وإن أطلق وقال: لانية لي وقعت واحدة لأنه إذا لم يفهم ما قال لم يقصد إلى لفظ الإيقاع فهو كقول الأعجمي: أنت طالق وهو لا يعرف معناه لا يقع شيء، وإن قال: أردت موجبه عند أهل الحساب قال عامة أصحابنا: يقع طلقةً لأنه إذا لم يفهم معناه في نفسه لم يكن طلاقاً بأن يفهمه غيره، كما لو قال الأعجمي: أنت طالق ثم قال: ما فهمت ذلك ولكني أردت موجبه عند أهل اللسان لا يقع شيء، وقال أبو بكر الصيرفي: يكون على ما أراد فيقع طلقتان لأن ذلك مقتضى الحساب [٢٧/ب] وإن كان عارفاً بالحساب فإن قال: أردت مقرونةً طلقت ثلاثاً، وإن قال: أردت أن يكون الثنتان ظرفاً كما يقال ثوبٌ في صندوقٍ وسيفٌ في غمدٍ تقع واحدة ويقبل قوله، وإن قال: أردت به الحساب يقع اثنتان، وإن أطلق وقال لا نية لي نقل المزني وحكاه عنه لفظاً في «جامع الكبير» إنه يقع واحدة لأنه يحتمل في اثنتين واقعتين ويحتمل في اثنتين باقيتين عليك فلا يلزمه إلا اليقين. وقال أبو إسحاق: يحتمل أن يقال يقع اثنتان، لأنه صريح في اثنتين، لأن عبارة أهل اللسان بها عن الاثنتين، وبه قال أحمد. وقال القفال: فيه قولان مبنيان على ما لو قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق هل يحمل على التكرار أو الاستئناف؟ عند الإطلاق فيه قولان فإن أخذنا بظاهر اللفظ هناك وهو الاستئناف يقع اثنتان هاهنا، وإن أخذنا باليقين هناك فهاهنا يقع واحدة، وإن ادعت المرأة أنه أراد مقرونة فالقول قوله مع يمينه. وقال أبو حنيفة: يقع طلقة واحدة بكل حال سواء قصد به الحساب أو لم يقصد إذا لم يقصد مع اثنتين، واحتج بأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فيكون واحد في اثنين اثنين، فأما ما لا مساحة له فلا حقيقة له في الحساب، وإنما حصل منه لفظ الإيقاع في واحدة فوقعت دون غيرها وهذا غلط لأن هذا اللفظ موضوع في العدد لاثنين، فإذا أراده وقع به من الطلاق ما وضع له، وأما ما ذكر فلا يصح لأنه وضع للحساب في الأصل فصار مستعملاً في كل ما له عدد.

فرع

لو قال: أنت طالق اثنتين في اثنتين يقع ثلاث تطليقاتٍ إذا كان يعلم الحساب وقصده لأن ذلك عبارة [٢٨/أ] عن أربعة، وعند أبي حنيفة يقع طلقتان وإن لم يقصد الحساب، فعلى المنصوص يقع طلقتان وعلى قول أبي إسحاق يقع ثلاثة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق واحد مقرونة باثنتين ونوى واحدة ففي قبول قوله وجهان، وإن أطلق فوجهان، أحدهما: يقع ثلاث، والثاني: يقع طلقتان ذكره جدي الإمام رحمه الله.

مسألة: قالَ: ولو قالَ: أنتِ طالقٌ واحدةً لا يقعْ عليكِ فهيَ واحدةٌ.

إذا قال: أنت طالق واحدة لا يقع عليك تقع طلق لأن قوله: أنت طالق واحدة إيقاع في الشرع، وقوله لا يقع عليك كذب لأن اللّه تعالى أوقعها فالخبر عنها بأنها لا تقع كذب وأيضاً، فإن قوله لا تقع عليك رفع لجميع ما أوقعه عليها وذلك لا يصح فهو كقوله أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً.

فرع

قال ابن سريج في كتاب «الغنية»: لو قال: أنت طالق لا وقعت طلقة وسقط قوله: لا، ولو قال: أنت طالق أو لا؟ يقع الطلاق لأنه استفهامٌ تقديره أو لست بطالق فلم يقع.

فرع آخرة

لو قال: أنت طالق واحدة أو لا شيء فالذي يقتضيه قياس قول ابن سريج أن لا يقع شيء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد، وقال محمد: يقع واحدة لأن قوله أو لا شيء يرجع إلى ما يليه من اللفظ، وهو قوله واحدة دون لفظ الإيقاع، وهذا لا يصح لأن الواحدة صفة للطقلة الموقعة فصار كقوله أنت طالق أو لا شيء، ولو قال: أنت طالق بل لا طلقت ذكره ابن أبي أحمد.

فرع آخر

لو قال: أنت لا طالق لم يقع شيءٌ لأنه قدم حرف النفي.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق اثنتين لا يقعان عليك طلقت اثنتين، وكذلك لو قال ثلاثاً لا يقعن عليك طلقت ثلاثاً، ولو قال: أنت طالق واحدةً وثانيةً لا تقع عليك أو قال: وثانيةً لا [٢٨/ب] طلقت واحدةً.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقتين لا يقع واحدة منهما صار استثناء وطلقت واحدة كما لو قال: أنت طالق اثنتين إلا واحدة، وذكر جدي وجهاً أنه يقع اثنتان ولا يكون استثناء وهو ضعيف.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق من واحدةٍ إلى ثلاث وقعت ثلاث تطليقات، وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: يقع اثنتان، وقال زفر: يقع واحدة وكلاهما يحتمل على مذهب الشافعي، ففي المسألة ثلاثة أوجه: وجه القول الأول: أن الثلاث اسم لثلاثة آحاد مجموعةٍ فقد دخل آحاد الثلاث في قوله إلى ثلاث فيقع الكل، كما لو قال إلى تمام الثلاث. ووجه القول الثاني: أنه أوقع ما بين الواحدة وبين الثلاث وما بينهما هي الثانية، غير أن من ضرورة الثانية أن يكون لها أول فأوقعنا الأولى بضرورة ويجوز أن يكون ثانية لا ثالثة له فلم توقع وهذا أقرب إلى المذهب. ووجه القول الثالث: أن لفظه للطلقة الثانية فلا يقع غيرها، كما لو قال: أنت طالق آخر الثلاث تقع الثالثة دون الثانية والأولى وهذا أقيس، قال شيخنا ناصر: وهكذا الحكم إذا قال: أنت طالق ما بين الواحد إلى الثلاث.

مسألةٌ: قال: ولو قالَ: واحدةً قبلَها واحدةٌ كانتْ تطليقتينِ[(١)].

إذا قال: أنت طالق واحدة قبلها واحدة نص الشافعي رضي اللّه عنه على أنه يقع طلقتين ولا خلاف فيه واختلف أصحابنا في كيفية وقوعها، فقال أبو إسحاق: قوله: أنت طالق طلقة إيقاع في الحال لطلقة وقوله: قبلها طلقة إخبارٌ عن طلقة قبلها وليس بإيقاع لأن إيقاع الطلاق في الحال في وقت مضى محالٌ، وقال ابن أبي هريرة: كل واحدة منهما إيقاع فيقع طلقة عقيب طلقة وهذا لا يصح [٢٩/أ] لأن الشافعي فرّع على هذا في «الأم» فقال: إن قال: أردت بقولي قبلها طلقة طلاقاً كنت طلقتها قبل هذا فإن علم ذلك قبل منه وإلا لا يقبل منه في الحكم، ويدين فيما بينه وبين اللّه تعالى فدل على بطلان ما قاله ابن أبي هريرة، ومن أصحابنا من حكى خلاف هذا عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة، فقال: قال أبو إسحاق تقع هذه الواحدة التي جعلها قبل التي أوقعها على موجب لفظه اعتباراً بموجب اللفظ ويكون وقوعها بعد لفظه وقبل التي أوقعها بلفظه فيجعل ناجز الطلاق مؤخراً لتقدمه طلاق الصفة حتى لا يكون قوعه سابقاً للفظه، وقال ابن أبي هريرة يقع مع التي أوقع ولا يقع قبلها لئلا يكون وقوع الطلاق سابقاً للفظ الطلاق، كما لو قال: أنت طالق أمس، وقع في اليوم لهذا المعنى وهذا أصح ولا يصح ما قاله أبو إسحاق لأن ناجز الطلاق يقع بنفس اللفظ لا بتعقبه، لأنه لو قال لها: أنت طالق ومات مع آخر كلامه من غير فصل طلقت، ولو كان يقع بعده لم تطلق فعلى قول أبي إسحاق تقع الطلقتان عليها بعد لفظه بزمانين ليقع كل

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢٤٠).

واحدة من الطلقتين في كل واحد من الزمانين وعلى قول ابن أبي هريرة تقع الطلقتان بنفس اللفظ من غير زمان يعتبر بعده واختار القاضي الطبري: أنه يترتب في الوقوع فيقع طلقةً بعد طلقة ويصير كأنه قال: قال: أنت طالق طلقة بعد ساعة فكأنه أوقعها متأخرة وطلقة قبلها في الحال وهذا أظهر.

فرع

لو قال: أنت طالق طلقةً بعدها طلقة يقع طلقتان وتكون واحدةً بعد واحدةٍ على موجب لفظه بلا خلاف إلا على قول أبي إسحاق تقع الأولىٰ بعد قوله أنت طالق طلقة، وتقع الثانية بعد قوله: بعدها طلقة وعلى قول ابن أبي هريرة: تقع الأولى مع قوله: أنت طالق [٢٩/ب] وتقع الثانية بعد قوله: بعدها طلقة.

فرع آخر

قال في «الأم»: فإن قال في هذه المسألة: أردت بقولي: بعدها طلقة سأوقعها عليك بلفظ جديد قبل فيما بينه وبين اللّه تعالى دون الحكم لأنه خلاف الظاهر، وقال في «الحاوي»: إن صدقته قبل منه ظاهراً وباطناً، وإن كذبه لم يقبل ظاهراً على ما ذكرنا، وكذلك لو قال: أنت طالق قبل طلقة أو بعد طلقة وقعت طلقتان أيضاً.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقةً قبلها طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلاثاً، ولو قال: أنت طالق طلقة قبلها وبعدها طلقة طلقت ثلاثاً أيضاً، لأنه أوقع نصف واحدة قبلها والنصف الثاني بعدها والنصف يكمل بطلقة وفيه وجه آخر: تقع طلقتان وليس بشيء.

فرع آخر

لو كان له زوجتان حفصة وعمرة فقال لعمرة: كلما حلفت بطلاق حفصة فأنت طالق فقد حلف بطلاق عمرة لأنه علق طلاقها بالصفة فإن قال بعد ذلك لحفصة: كلما حلفت بطلاق عمرة فأنت طالقٌ فقد حلف بطلاق حفصة فتطلق عمرة، فإن أعاد القول لحفصة طلقت عمرة طلقة ثانية فإن أعاد القول لحفصة طلقت عمرة الثالثة، فإن أعاد القول لعمرة لم تطلق حفصة لأن عمرة قد بانت فلا يمكن أن يحلف بطلاقها فطلقت عمرة ثلاثاً وطلقت حفصة طلقتين.

فرع آخر

لو قال لها: إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق قد ذكرنا هذه المسألة، وكذلك لو قال: كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق ولا فرق بين كلما وإذا في هذا إلا في موضع واحد وهو أنه لو قال: كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال بعد هذا: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإن خرجت منها فأنت طالق، وإن لبست فأنت طالق طلقت ثلاثاً، ولو كان عقد الصفة بكلمة إذا لم تطلق إلا واحدة لأن إذا لفعل مرة وكلما للتكرار [٣٠/أ] فأن لم يكن مدخولاً بها لا يقع إلا واحدة.

فرع آخر

لو قال: كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق وعبد من عبيدي حر فاعادها بعد العقد ثلاثاً طلقت ثلاثاً وعتق ثلاثة أعبد، فإن أعاد رابعاً فلا طلاق وعتق لانه لا طلاق بعد الثلاث فأن كان غير مدخولٍ بها لا يقع إلا واحدة ولا يعتق إلا عبد واحد.

مسألة: قال: ولو قال: رأسُكِ أو شعرُكِ أو يدُكِ أو رِجلُكِ أو جُزءٌ مِنْ أجزائِكِ طالقٌ.

الفصل

إذا طلق جزءاً من أجزائها مشاعاً طلقت بلا خلاف سواءٌ كان ذلك الجزء مجهولاً أو معلوماً فإن طلق جزءاً معيناً أي جزءٍ كان طلاقاً عندنا والأصل فيه أن يتصل بها اتصال الخلقة مثل اليد والرجل والظفر والشعر وغير ذلك. وقال أبو حنيفة: لا يقع الطلاق إلا أن يضيفه إلى الرأس أو الوجه أو الرقبة أو الظهر أو الفرج لأنه يعبر بهذه الأشياء عن جميع البدن، وهكذا الخلاف في العتق إلا أنه قال: لو قال لعبده: فرجك حر لم يعتق، ولو قال لأمته ذلك تعتق. وقال أحمد: إذا أضافه إلى عضو لا ينفصل في حال الحياة يقع، فأما إذا أضاف إلى الشعر والسن والظفر لا يقع وهذا غلط لأنه أضاف الطلاق إلى جزءٍ استباحه بعقد النكاح فيقع على الجملة كالأعضاء الخمسة.

فرع

إذا قال: شعرك طالق ظاهر المذهب أنه يقع الطلاق على الجملة بهذا اللفظ لأنه لما علم أن الطلاق لا يتبعض قصد بتطليق بعضها تطليق جميعها. ومن أصحابنا من قال: يقع على ذلك الجزء ثم يسري إلى الباقي لأن الطلاق مبني على السراية وهذا أصح عندي، وفائدة هذا تتبين فيما لو لم يكن لها يد من الكتف فقال: يدك طالق هل يقع؟ فأن قلنا بالأول [٣٠/ب] يقع، وإن قلنا بالثاني لايقع، وقيل: في الشعر وجهان بناءً على أن فيه روحاً أولاً وفي السن وجه واحدٌ.

فرع آخر

لو كان لها إذن مقطوعة ملصقة فإذا أضاف الطلاق إليه قال أهل العراق من أصحابنا: لا تطلق، وقال القفال: طلقت وسمعت مشايخنا بخراسان يذكرون فيه وجهين والصحيح عندي ما ذكره القفال والأقرب إلى المذهب غيره.

فرع آخر

لو قال: ريقك أو دمعك أو لبنك أو منيك أو دمك طالق لا يقع الطلاق لأنه لا يتصل بها اتصال الخلقة وإنما البدن وعاء له، وقال القفال: فيه وجهان قال: والصحيح عندي أنه لا يقع إلا في دمك فإنه يقع قال: وكذلك إذا قال: روحك طالق يقع على قياس قول غيره لا يقع وقيل: إن اللبن والمني كالدم يقع الطلاق بالإضافة إليه وجهاً واحداً والوجهان في الدمع والريق وهذا ليس بشيء. وقال ابن أبي ليلى: يقع الطلاق بالإضافة إلى الريق وإلى كل ما في بدنها.

فرع آخر

لوأضاف إلى الجنبين لا يقع الطلاق وذكر الإمام أبو علي السنجي فيه وجهاً آخر أنه يقع وليس بشيء.

فرع آخر

لو أضاف إلى فعلها فقال: أكلك أو شربك أو قيامك طالق أو أضاف إلى حواسها فقال: نظرك أو سمعك أو ذوقك أو لمسك طالق لا تطلق إلا أن يوقعه على جوارح هذه الحواس فيقول عينك أو أذنك طالق فيقع.

فرع آخر

لو قال: عقلك طالق لم يقع لما ذكرنا من العلة.

فرع آخر

لو قال: بياضك أو سوادك أو لونك طالق فيه وجهان، أحدهما: يقع لأنه من ذاتها الذي لا ينفصل عنها، والثاني: لا يقع لأن الألوان أعراضُ تحل الأجسام وليست كالذات.

فرع آخر

لو قال: غمك أو فرجك أو عمرك طالق [٣١/أ] قال جدي الإمام رحمه اللّه: فيه وجهان والمذهب أنه كناية فإن أراد طلاقاً وقع وذكر مثله إذا قال: حركتك أو سكونك أو سمعك طالق.

فرع آخر

لو قال: أوقعت الطلاق في قميصك أو ثوبك فهو كناية ذكره جدي الإمام رحمه اللّه وكذلك لو قال: أوقعت عندك أو في دارك أو دار أبيك طلاقاً كان كناية أيضاً.

فرع آخر

لو قال لها: أقبلي نفسك فقالت: قبلت أو قال لأبيها أو لأخيها: اقبلها، فقالت: قبلت أو قال أبوها: قبلت، فإن نويا طلاقاً وقع وإلا فلا يقع.

فرع آخر

لو استحق فسخ النكاح بالعيب فقال: فسخ النكاح في يدها لا نصَّ فيه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان، وقال أهل العراق من أصحابنا: لا يصح ذلك وجهاً لأنه لا يسري كسراية الطلاق.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلا فرجك طلقت لأنها لا تتبعض والإستثناء لا يسري.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلا أنت طلقت لأنه يرفع جميع ما قبله.

فرع آخر

لو قال: يا حفصة أنت طالق ورأسُ عمرة بالرفع طلقتا وقيل: إذا لم ينوِ هل تطلق عمرة؟ وجهان، ولو قال: ورأسِ عمرة بالكسر لم تطلق عمرة لأنه صار خارجاً مخرج القسم برأس عمرة على طلاق حفصة.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ: أنتِ طالقٌ بعضَ تطليقةٍ كانتْ تطليقةً[١].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٢٤٤).

إذا قال لها: أنت طالق نصف طلقةٍ وقعت طلقة، وقال داود: لا يقع شيء لأن الشرع لم يرد بإيقاع نصف الطلاق وهذا غلط لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فلا تحل له من بعد ولم يفصل ولأن التحريم والتحليل إذا اجتمعا غلب التحريم كما لو طلق نصفها [٣١/ب] ولأن التحريم بتبعض فغلب ويكمل.

فرع

لو قال: أنت طالق بعض طلقةٍ طلقت طلقة كما لو قال: نصفك طالق.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصفي طلقة طلقت طلقة كقوله أنت طالق طلقةً.

فرع آخر

لو قال: نصف طلقتين فيه وجهان، أحدهما: يقع طلقةً واحدة وهو الصحيح لأن نصفهما واحدة. والثاني: تقع طلقتان، لأن معناهُ النصف من كل واحدة منهما.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين كانت ثلاثاً ذكره القفال وجماعة، وقال صاحب «الإفصاح»: يحتمل وجهين، أحدهما: تطلق اثنتين والنصف الثالث لغو. والثاني: تطلق ثلاثاً ويكون تقديره أنت طالق ثلاث مرات نصف طلقتين فيكون ثلاث طلقات والأول أبين.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقةٍ فيه وجهان، أحدهما: يقع طلقة والنصف الثالث لغو، والثاني: يقع طلقتان وهو اختيار القفال لأن ثلاثة أنصاف تطليقةٍ هو طلقة ونصف فيملك طلقتان وكذلك في الإقرار: إذا قال: علي ثلاثة أنصاف درهم فيه وجهان، أحدهما: يلزمه درهمان، والثاني: يلزمه درهم ونصف لأن الإقرار لا يكمل ولذلك إذا قال: عليّ ثلاثة أنصاف درهمين فيه وجهان، أحدهما: يلزمه درهمان لأن الدرهمين نصفان كل نصف منهما درهم والفاضل لغو، والثاني يلزمه ثلاثة دراهم.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصفي تطليقتين يقع طلقتان لأن نصف تطليقتين واحدة فنصفهما طلقتان بالتكميل.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصف تطليقة ومثله فيه وجهان، أحدهما: تطلق واحدة لأن [٣٢/أ] مثل النصف نصف فصار كأنه قال: أنت طالق نصفي تطليقةٍ، والثاني: يقع طلقتان لأنه أدخل واو العطف هاهنا ولم يضعها هاهنا إلى طلقة واحدة، وعلى هذا لو قال: أنت طالق نصف طلقة ومثله يقع على الوجه الأول تطليقتان، وعلى الوجه الثاني ثلاث تطليقات.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصفه وضعفها طلقت اثنتين وجهاً واحداً، والفرق أن المثل نظير والنصف يكرر.

فرع آخر

لو قال: أنت نصف طالق طلقت كما لو قال: نصفك طالقٌ، ولو قال: أنت نصف طلقة فيه وجهان، أحدهما: تطلقُ واحدةً إذا قلنا أنت طالق صريح، وإذا قلنا: كناية لا يقع هاهنا إلا أن ينوي.

فرع آخر

قال الشافعي رحمة اللّه عليه في إباحة الطلاق: إذا قال: أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقةٍ وقعت ثلاثاً لأنه عطف جزءاً من طلقةٍ على جزءٍ من طلقةٍ وظاهره أنها طلقات متغايرة، قالوا: ولو قال: أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقةٍ سدس طلقة وقعت طلقة واحدة لأنه ليس في قوله ثلث طلقةٍ لفظ الإيقاع ولا عطف على ما فيه لفظ الإيقاع، فهو كما لو قال: أنت طالق طلقة طلقة لم يقع إلا واحدة، قال أصحابنا: والتدين في الحكم إذا عطف بالواو لأنها متغايرة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثنتين إلا نصف كل واحدة فهما لا يقعان عليك طلقت ثنتين.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أقلهن ولا نية له طلقت ثلاثاً. ولو قال: إلا أكثرهن طلقت اثنتين.

فرع آخر

لو قال: أنتما طالقان إلا أنت يا زينب طلقا.

فرع آخر

لو قال لأربع زوجات له: طوالق إلا زينب لم تطلق زينب.

فرع آخر

لو قال: أنت نصف طلقةٍ وثلث طلقةٍ وسدس طلقةٍ فهو كما لو قال: أنت طلقة [٣٢/ب] وقد ذكرنا فيه وجهين، أحدهما: أنه صريح فيقع هاهنا ثلاث، والثاني: كناية فيقع ما نوى.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصف ثلث سدس ولم يقل طلقة وقعت طلقة بقوله أنت طالق، وكذلك لو قال نصفاً وثلثاً وسدساً ولم يزد على هذا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصف وثلثي طلقة فيه وجهان، أحدهما: تطليقتان لأنه زاد على الواحد سدس تطليقة فحمل ذلك السدس. والثاني: لا يقع إلا واحدة لأنه أضاف النصف والثلثين إلى طلقة واحدة والطلقة نصفاً وثلثين فلغت الزيادة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصف ثلاث تطليقات وقعت اثنتان إلا أن يريد نصف كل واحدة تقع ثلاث.

فرع آخر

لو قال: ثلثي تطليقتين أو ثلثي ثلاث تطليقات طلقت ثنتين إذا لم يرد بقوله ثلاث تطليقات تقسم كل طلقة فإن أراد ذلك يقع ثلاث.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق خمسة أنصاف تطليقة وقعت ثلاث، ولو قال: خمسة أرباع تطليقة

طلقت ثنتين، وكذلك ستة أخماس تطليقة طلقت ثنتين، ولو قال: نصفك طالق نصف تطليقة لزمته تطليقة واحدة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق واحدة في نصف واحدة فإن نوى الزيادة على الواحدة قبل قوله، وإن لم ينو شيئاً أو نوى واحدة فهي واحدة.

فرع آخر

لو نظر إلى امرأتين زوجة وأجنبية فقال: إحداكما طالق فالقول قوله فإن قال أردت زوجتي طلقت، وإن قال: أردت الأجنبية لم تطلق قال في «الإملاء»: لأن الطلاق على امرأته لا يقع إلا بأحد أمرين: إما بالإشارة إليها وهو أن يقول: أنت طالق أو بالصفة وهو أن يذكر اسمها وقد عدم [٣٣/أ] الأمران جميعاً، وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقع على امرأته لأن الإنسان لا يقصد في العادة إلى طلاق الأجنبية، وقيل: هو وجه لبعض أصحابنا ولكنه خلاف المنصوص.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كان اسم زوجته زينب فقال: زينب طالق ثم قال: أردت زينب جارة لها لم يقبل منه في الحكم والفرق بين هذه المسألة وبين المسألة قبلها أن في هذه المسألة ما طلق إلا واحدة وجارتها ما شاركتها في هذا الاسم لفظاً، وإنما شاركتها في أن الاسم موجود فيها والظاهر في العادة أن المراد به الزوجة فلا يقبل منه غير ذلك وليس كذلك إذا قال إحداكما طالق لأن كل واحدة منهما شاركت الأخرى لفظاً فيقبل منه ما نواه. وقال القاضي الطبري: قال الداركي عن أبي جعفر الترمذي أنه قال: إذا قال: فلانة طالق فسمّىٰ امرأته باسمها ثم أردت امرأة أجنبية اسمها اسم امرأته وهي مطلقة من زوجها يقبل ذلك منه في الحكم إلا أن يكون في لفظه ما يدل عليه بأن يقول: فلانة امرأتي أو يقول طلقت فلانة وهذا اختيار القاضي الطبري وهو الصحيح عندي.

فرع آخر

لو قال: لأم امرأته بنتك طالق ثم قال: أردت بنتك التي ليست بزوجةٍ لي، قال القاضي الطبري: الذي عندي على قياس ما قاله في «الإملاء»: أن يقبل منه، وقال صاحب «الحاوي»: هذا وإن كان تفريعاً ولم يذكر اسماً فهو بالاسم أشبه فيخص الاسم لقوته بالزوجية فيلزمه الطلاق في الحكم ويدين في الباطن.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ لأربعِ نسوةٍ: قد أوقعتُ بينكنَّ تطليقةً كانتْ كلُ واحدةٍ منهنَّ طالقاً[(١)].

إذا قال [٣٣/ب] واعلم أن الاستثناء ضد المستثنى منه فهو من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات تقول جاءني القوم إلا زيداً معناه جاؤوا وما جاء زيد وما جاء أحد إلا زيداً معناه ما جاء أحد وجاء زيد فيكون ابدأ من الذي يليه ولا يجوز استثناء الكل لحالٍ، فإذا تقرر هذا فقال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدةً أثبت ثلاثاً ونفى طلقه فيقع طلقتان ولو قال ثلاثاً إلا طلقتين أثبت ثلاثاً ونفىٰ طلقتين فيقع طلقة، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً تقع ثلاثاً لأنه استثناء الكل فلا يصح.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة طلقت ثلاثاً لأنه أنفى طلقتين ونصف طلقة فكأنه قال: أنت طالق طلقتين ونصف طلقة تقع ثلاث نص عليه وفيه وجه آخر تقع طلقتان لأن هذا استثناء صحيح فلا يلغى وهذا أصح لأنا لا نلغه بل نكمل الباقي.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقتين ونصف طلقة إلا نصف طلقة قال أصحابنا: طلقت ثلاثاً لأن قوله طلقتين ونصف كقوله ثلاثاً، وقال القاضي الطبري: العلة فيه إن استثناء النصف لا يجوز ولا يجوز أن يكون راجعاً إلى الكل لأن النصف صار جملة واحدة بحرف العطف.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقتين ونصف إلا واحدة، قال ابن الحداد: طلقت ثلاثاً لأن نصف الثالثة يسوى فيصير واحدة كاملة وقد ضمها إلى اثنتين بواو العطف فصار كقوله: أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدةَ فتطلق ثلاثاً وتسقط استثناء الواحدة لرجوعه إلى الواحدة ومن أصحابنا من قال: تطلق تطليقتين [٣٤/أ] لأن واو العطف هاهنا دخلت فيما لا يستغنى عنه وسراية الطلاق تستقر بعد الاستثناء، فإذا استثنى واحدة من اثنتين ونصف بقيت واحدة ونصف فتحمل اثنتين، ومن أصحابنا من قال في قوله: أنت طالق فطالق إلا طلقة يصح الاستثناء ويقع طلقة.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢٤٧).

فرع آخر

لو قال: أنت طالق وطالق ثم طالق إلا طلقة وقعت ثلاثاً نص عليه في «الأم» لأنه عاد الاستثناء إلى الذي يليه فيرفع كله فكأنه قال: أنت طالق طلقة إلا طلقة، ومن أصحابنا من قال: طلقت طلقتين ويصح الاستثناء لأنه أوقع ثلاثاً وبقي واحدة وهذا ليس بشيء.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقتين ونصفاً إلا طلقة ونصفاً فيه ثلاثة أوجه، أحدها: تطلق ثلاثاً لأن الطلقة ونصفاً لا تجوز أن تستثني من نصف طلقة فسقط الاستثناء ويكمل الواقع ثلاثا. والثاني: تطلق طلقتين لأن النصف طلقه الواقعة مع طلقتين صارت ثلاثاً وقد استثنى منها طلقة ونصفاً فبقيت طلقة ونصف قابلت طلقتين. والثالث: تطلق واحدة لأن كمال الواقع يكون بعد الاستثناء منه وقد استثنى طلقه ونصف من طلقتين ونصف فبقيت واحدة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة وطلقة طلقت طلقة لأن قوله وطلقة عطف على ما نفاه بالاستثناء فلا يبقى إلا طلقة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة واثنتين فيه وجهان، أحدهما: تطلق ثلاثاً إسقاطاً لجميع الاستثناء كما لو استثنى الثلاث من الثلاث دفعة واحدة. والثاني: تطلق اثنتين إسقاطاً لآخر العددين وإثباتاً للأول لأن الأول صح فيطرح الثاني لاستحالته [٣٤/ب]، قال القفال: وكذلك الوجهان إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة أو قال: إلا اثنتين وإلا واحدة.

فرع آخر

لو قال: أردت بقولي إلا اثنتين وواحدة إثبات الواحدة لا استثناءها تقع اثنتان وجهاً واحداً، إلا أنه استثنى من الثلاث اثنتين فيثبت واحدة ثم أوقع واحدةً فتقع اثنتان.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة يقع ثلاثاً وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يقع طلقة وهو وجه لأصحابنا لأن استثناء اثنتين جايز وإنما لا

يصح استثناء الثالثة وهذا لا يصح لأن العطف يوجب اشتراك العطف مع المعطوف عليه فيصير كأنه استثنى ثلاثاً من ثلاث وقد ذكرنا نظيره.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق خمس طلقات إلا ثلاث طلقات وقعت طلقتان، وقال ابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح»: يقع ثلاث لأن الاستثناء يرجع إلى ما يملك من الطلقات، فأما ما لم يملكه فلا حكم له فما زاد على الثلاث وجوده وعدمه سواء، فكأنه استثنى الثلاث من الثلاث وذلك لا يصح فوقع الثلاث، وعلى هذا لو قال: أنت طالق خمساً إلا اثنتين وقعت واحدة في قولهما وفي قول عامة أصحابنا يقع ثلاث والأول أصح وهو المنصوص لأن البويطي ذكر هذه المسألة في آخر كتاب الطلاق، فقال: وإذا قال: أنت طالق ستاً إلا أربعاً وقعت اثنتان، وذكر ابن الحداد في مسائله وقال: يقع طلقتان كما حكاه البويطي ووجهه إن عن الثلاث عبارتين، إحداهما: إلا اثنتين، والثانية: الثلاث فإذا قال: خمس إلا اثنتين فكأنه قال: ثلاث وكان الاستثناء مع المستثنى منه بمنزلة الاسم الواحد. [٣٥/أ]

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً، قال ابن الحداد: يقع الثلاث وبه قال زفر لأنه استثنى أربعاً لأنه استثنى أربعاً من الثلاث الأخر دون الذي قبله وذكر في البويطي: يقع ثلاثاً وذكر الكرخي عن أبي يوسف ومحمدٍ: أنهما قالا: إذا قال: أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين يقع طلقتان لأن الاستثناء من كل الجملة وإذا أمكن تصحيح الاستثناء لا يسقط.

فرع آخر

قال القاضي أبو علي الزجاجي: على قياس ما ذكرنا لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً إلا واحدة طلقت ثلاثاً، ولو قال أربعاً إلا ثلاثاً إلا واحدة طلقت طلقتان، ولو قال: ثلاثاً إلا أربعاً إلا ثلاثاً طلقت طلقتين، ولو قال: أربعاً إلا واحدة وإلا اثنتين طلقت واحدة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة وقعت طلقتان لأن قوله ثلاثاً إثبات وقوله إلا اثنتين نفي وقوله إلا واحدة إثبات وجملته أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين فيه ثلاثة أوجه، أحدهما: يقع ثلاث

تطليقات ويبطل الاستثناء الأول والثاني لأن الأول يرفع الكل فيسقط وإذا سقط الأول سقط الثاني لأنه متعلق به وهذا اختيار ابن أبي هريرة، والثاني: إن الاستثناء الأول يسقط ويصح الثاني فكأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين يقع طلقة واحدة، والثالث: يصح الاستثناء الأول والثاني لأن الاستثناء الأول إنما يسقط إذا وقع السكت عليه، فإذا قال إلا ثلاثاً إلا اثنتين فكأنه استثنى واحدة لأن الثلاث إلا اثنتين عبارة [٣٥/ب] على الواحد فيكون قد استثنى من الثلاثة الأولية واحداً فيقع طلقتان أو يقول يستعمل الخطاب كله فأثبت ثلاثاً ونفى ثلاثاً ثم أثبت من الثلاث المنفي طلقتين فيكون طلقتان.

فرع آخر

لو قدم الاستثناء فقال: أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً طلقت ثلاثاً وسقط الاستثناء لأنه يعود إلى ما تقدمه ولا يصح أن يعود إلى ما تعقبه، وقال بعض المتأخرين من أصحابنا: يصح هذا الاستثناء لأن التقديم فيه لغة العرب، قال الفرزدق يمدح هشام بن إبراهيم خال هشام ابن عبد الملك:

وما مثله في الناس إلا ملكاً أبو أمه حيٌّ يقاربه

وتقديره وما مثله في الناس حيٌّ يقاربه إلا ملكاً أبو أمه أبو الممدوح.

فرع آخر

الاستثناء يصح بجميع الحروف المستعملة فيه وهي إلا وغير وسوى وعدا وحاشى وخلا فإن قال ثلاثاً خلاً واحدة أو حاشى واحدة طلقت اثنتين وفي غير يستعمل الإعراب فيضم الراء منها تارة ويفتح أخرى فإن قال: ثلاثاً غير واحدة بالفتح كان استثناء، ولو قال غير واحدة بضم الراء قال أهل العلم بالعربية: تطلق ثلاثاً لأنه بالضم يصير نعتاً ولا يكون استثناءً وتقديره أنت طالق ثلاثاً ليست واحدة ولا نص عن أصحابنا فإن كان المطلّق من أهل العربية الذي يستعمل الإعراب في كلامه فالجواب ما قالوه، وإن كان من غيرهم كان على وجهين: على ما قدمنا من أمثاله.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ: كلَّما ولدْتِ ولَداً فأنتِ طالقٌ واحدةً فولدتْ ثلاثةً في بطنٍ طلقتْ بالأولِ واحدةً[1].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢٥٣).

الفصل

[٣٦/أ] إذا قال لها: كلما ولدت ولداً فأنت طالق واحدة فولدت ثلاثاً في بطن طلقت بالأول واحدة، بالثاني أخرى وانقضت عدتها بالثالث ولا يقع الطلاق بالولد الذي تنقضي به العدة لأنها تبين به، ألا ترى أنه إذا قال: إن متُ فأنت طالق فماتت لا يقع الطلاق لأنها تبينُ بالموت، فإن راجعها حين وضعت ولدين فولدت الثالثة وهي زوجته وقعت الثالثة، وحكي عن ابن خيران عن الشافعي أنه قال في «الإملاء»: إذا ولدت الثالث طلقت الثالثة واستقبلت العدة وهكذا حكى ابن الحداد في مسائله عن الإملاء وقال: فيه قولان وهكذا ذكر القفال قال: ويخرج على هذا أنه إذا قال للرجعية: أنت طالق مع انقضاء عدتك هل يقع؟ فيه قولان وقال أيضاً: هذان القولان مبنيان على أن الرجعية إذا طلقت في حال العدة هل تستأنف العدة أو تبنى؟ قولان فإن قلنا: تبنى وافق ولادتها للولد الثالث انقضاء العدة فلا تقع الثالثة، وإن قلنا: تستأنف حصل ولادتها للولد الثالث بين عدة بمضي وعده تستأنف فلم يقع في غير عدةٍ فلا يلغى.

وقال بعض أصحابنا ليست المسألة على قولين ولا يصح ما ذكروا عن الإملاء فإن صح فتأويله: أنه راجعها بعد الطلقتين ثم ولدت والمسألة على قول واحد إذا لم يراجعها على ما ذكرنا، ولو ولدت أربعاً طلقت ثلاثاً وانقضت عدتها بالرابع بلا خلاف، ولو ولدت ولدين وقعت طلقة بالأول وتقضي عدتها بالثاني ولا يقع عليها بالثاني طلاق على القول الصحيح، وإن ولدت ولداً واحداً وقعت طلقة ويلزمها أن تعتد بثلاثة أقراءٍ بعده وهذا إذا كان بين الولد الثاني والثالث أقل من ستة أشهرٍ فإن كان بينهما ستة أشهرٍ [٣٦/ب] فأكثر كان الثالث حملاً حادثاً لا يلحقه نسبه وتكون العدة قد انقضت بالولد الثاني ولا يقع عليها إلا طلقة واحدة ولا يقع عليها بالثاني والثالث شيءٌ وعلى هذا لو كان بين الأول والثاني أكثر من ستة أشهرٍ طلقت بالأول وحده طلقة وتنقضي عدتها قبل وضع الثاني والثالث لأنهما من حمل مستأنف ولحوقهما به كمن وضعت بعد انقضاء عدتها، وقال في «الحاوي» هكذا ذكره أبو حامد ولا يصح هذا عندي لأنه لا يمتنع أن يطأها في العدة قبل انقضاء القرء الثالث فتعلق وتكون باقية في عدتها إلى وضعه فتقضي به العدة فلا وجه لما قاله بل نقول: ينظر في الثاني والثالث فإن كان بينهما أكثر من ستة أشهرٍ انقضت عدتها بالثاني ولم تطلق به وكان لاحقاً بالزوج وصار الثالث مولوداً بعد انقضاء العدة فيكون لحوقه على ما يذكر في المولود بعد انقضاء العدة، وإن كان بين الثاني والثالث أقل من ستة أشهرٍ فهما من حمل واحد، فعلى هذا تطلق بالثاني ثانية ولا تنقضي به العدة لبقاء الحمل وتنقضي عدتها بالثالث ولا تطلق به ويلحقان بالزوج كالأول، ولو ولدت ولدين وقعت طلقة سواء كان بينهما ستة أشهر أو أقل.

فرع

لو ولدت ولدين معاً من غير سبق لكونهما في مشيمةٍ تطلق بيهما طلقتين وعليها الاعتداد بثلاثة أقراءٍ، ولو ولدت ثلاثة أولاد معاً طلقت بهم ثلاثاً ويلزمها الاعتداد بالأقراء لأنه وجدت الصفات كما لو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالقٌ، وإن كلمت عمراً فأنت طالق، وإن كلمت خالداً فأنت طالق فكلمتهم دفعة واحدة طلقة ثلاثاً.

فرع آخر

لو ولدت أربعة واحداً منفرداً والثلاثة مجتمعين معاً طلقت بالأول واحدة وانقضت عدتها بالثلاث ولم تطلق بواحدٍ [٣٧/أ] منهم لاجتماعهم في انقضاء العدة فيجري عليهم إذا اجتمعوا في الطلاق حكم الافتراق وفي العدة حكم الواحد فإنها لو وضعت أربعة لمرة طلقت ثلاثاً والفرق أنه يجوز أن يقترن عدد الطلاق ولا يجوز أن تقترن العدة والطلاق.

فرع آخر

لو قال: إذا ولدتِ مني فأنت طالقٌ فولدت وقالت: هو من زنا وصدقها الزوج طلقت ولا يقبل ذلك ما لم ينفه باللعان.

فرع آخر

لو قال لها: إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد وقعت طلقة بالولد الأول ولا يتكرر لأن إذا لا تقتضي التكرار.

فرع آخر

لو قال لها: إذا ولدت ذكراً فأنت طالق طلقةً، وإذا ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين نظر فإن ولدت أولاً ذكراً ثم أنثى وقعت طلقة وبانت بالأنثى، وإن ولدت أولاً أنثى وقعت طلقتان وبانت بالذكر، وإن ولدتهما معاً وقعت ثلاث تطليقات، وإن أشكل وقعت طلقة والورع أن يدعها لئلا يكون الطلاق ثلاثاً.

فرع آخر

لو ولدت خنثى طلقت واحدةً في الحال، ثم إن بان أنثى تبين أنه وقعت أخرى.

فرع آخر

لو ولدت ذكراً وانثيين في هذه الصورة نظر فإن كان الأول هو الذكر ثم ولدت الأنثيين طلقت بالأول طلقة وبالأنثى طلقتين وتنقضي العدة بالثالث، وإن ولدت انثيين ثم الذكر وقعت طلقتان بالأولى ولا يقع بالثانية شيء وتنقضي العدة بالذكر لأنه لاتقتضي التكرار، وإن ولدت أنثى ثم ولدت ذكراً ثم ولدت أنثى وقعت ثلاث تطليقات وهكذا إذا ولدت أنثى وذكرين، وإن أشكل طلقت طلقتين والاحتياط ثلاثاً.

فرع آخر

لو قال لها: إن كان في بطنك ذكر فأنت طالق طلقةً وإن كان في بطنك أنثى [٣٧/ ب] فأنت طالق طلقتين فولدت ذكراً وأنثى طلقت ثلاثاً، ولو قال: إن كان ما في بطنك أنثى فأنت طالق طلقتين، وإن كان ما في بطنك ذكراً فأنت طالق طلقة فولدت ذكراً وأنثى لم تطلق لأن الصفة لم توجد.

فرع آخر

لو قال: إن كان حملك ذكراً فأنت طالق واحدة، وإن كان حملك أنثى فأنت طالق طلقتين فولدت ذكراً وأنثى لم تطلق لأن حملها لم يكن ذكراً ولا أنثى بل كان ذكراً وأنثى.

فرع آخر

إذا ولدت ما في بطنك فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد لم تطلق إلا بهم جميعاً ثم تعتد بثلاثة أقراء.

فرع آخر

لو قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، وإن ولدت غلاماً فأنت طالق فولدت غلاماً طلقت طلقتين لأنه قد وجدت الصفتان صفة الغلام وصفة الولد.

فرع آخر

لو قال لمملوكته: إذا ولدت ولداً فهو حرٌ وامرأتي طالق فولدته نظر، فإن كان حياً عتق وطلقت، وإن كان ميتاً طلقت ولم يعتق لأن الميت لا يعتق.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو قال لها: إن كنت حاملاً بغلام فأنت طالق طلقة، وإن ولدت

جارية فأنت طالق طلقة، فإن ولدت غلاماً تبينا أنه وقع عليها طلقة من القول وانقضت عدتها بوضعه، وإن ولدت جارية وقع عليها تطلقةً بولادتها واعتدت بالأقراء، وإن ولدت غلاماً وجاريةً فإن كان الغلام أولاً تبينا أنها طلقت طلقةً، وإذا ولدت الجارية انقضت عدتها بوضعها ولم يقع بولادتها شيء لأنها تبين بولادتها، وإن ولدت الجارية أولاً تقع طليقتان لأن بولادة الجارية يقع عليها طلقة وبولادة الغلام نتبيَّن إنها طلقت من حين الإيقاع وتنقضي بولادته العدة.

فرع آخر [٣٨/أ]

قال ابن الحداد: لو قال: إن كان أول ولدٍ تلدينه غلاماً فأنت طالق واحدة، وإن كان جارية فأنت طالق ثلاثاً فولدت غلاماً وجارية، فإن كان الغلام أولاً وقعت واحدة وانقضت العدة بوضع الجارية ولم يقع بها شيء، وإن ولدت الجارية أولاً وقعت ثلاث وانقضت العدة بوضع الغلام، وإن أشكل الأول منهما وقع اليقين، ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت طالق ثلاثاً يعني من هذا الحمل فإن ولدت غلاماً وجارية وقعت طلقة وانقضت العدة بولادة الجارية ولم يقع بولادها شيء، وإن ولدت واحداً فإن كان غلاماً وقعت طلقة لأن اسم الأول يقع عليه، وإن كانت جارية لم يقع شيء لأن اسم الآخر لا يقع عليها ذكره ابن الحداد، وقال القاضي الطبري: ينبغي أن يقال في الغلام مثله لأنه إذا لم يقع عليه اسم الآخر إلا بعد الأول لا يقع أيضاً اسم الأول إلا لما بعده آخر.

فرع آخر

ذكره في «الحاوي» لو قال: يا حفصة إن كان أول ما تلدين ذكراً فعمرة طالق، وإن كان انثى فأنت طالق فولدت ذكراً وأنثى فإن كان الذكر أولاً تطلق عمرة وحدها، وإن كانت الأنثى أولاً تطلق هي بعدها، وإن ولدتهما معاً لا تطلق واحدة منهما لأنه ليس في الولدين أول، ولو ولدت واحداً بعد آخر وأشكل هل تقدم الذكر أو الأنثى طلقت إحداهما لا بعينها، ويكون كالطلاق الواقع على إحدى زوجتيه وقد أشكلت.

فرع آخر

لو كان له أربع نسوةٍ فقال: كل ما ولدت واحدةٌ منكن فصواحباتُها طوالق فولدت جميعاً فإن ولدن في حالةٍ واحدة تطلق كل واحدة ثلاثاً بولادة كل واحدة منهن وتعتد كل واحدة بالأقراء، وإن ولدن واحدة بعد واحدة قال ابن الحداد [٣٨/ب] والقفال وجماعة: تطلق الأولى ثلاثاً وتنقضي عدتها بالأقراء، والثانية تطلق واحدة وتنقضي عدتها بالولادة،

والثالثة تطلق طلقتين وتنقضي عدتها بالولادة، والرابعة تطلق ثلاثاً وتنقضي عدتها بالولادة لأن الأولى لما ولدت طلقت كل واحدة من الثلاث طلقة واحدة ولم تطلق هي لأن ولادة كل واحدة صفة في وقوع الطلاق على غيرها لا عليها فلمّا ولدت الثانية بانت بولادتها لوقوع الأولى عليها وطلقت بها الأولى واحدة وطلقت بها الثالثة طلقة ثانية وطلقت بها الرابعة طلقة ثانية، فإذا ولدت الثالثة طلقت بها الأولى ثانية ولم تطلق بها الثانية لانقضاء عدتها بالولادة وطلقت بها الرابعة طلقة، وهذه الثالثة تنقضي عدتها بالولادة بعد وقوع طلقتين عليها، فإذا ولدت الرابعة طلقت بها الأولى طلقة ثالثة ولم تطلق الثانية والثالثة لانقضاء عدتها وانقضت عدتها بالولادة.

وقال ابن القاضي في «التخليص»: واختاره القاضي الطبري وجماعة من المتأخرين: لا يقع على الأولى طلاق وتطلق كل واحدة من الثلاث تطليقة لأن الأولى لما ولدت لم يقع عليها ووقع على كل ولادةٍ من الثلاث تطليقة تطليقة فإذا ولدت الثانية انقضت عدتها ولم تطلق غيرها لأنها بالبينونة خرجت من أن تكون صاحبة لهن، والشرط أن تكون صاحبةً حالة الوقوع وهي بعد الولادة إلا أن تكون صاحبةً حالة الولادة وخرجنّ ببقائهن في العدة أن يكون صواحب لها فلم يوجد شرط الطلاق فيهن فلم يطلقن، وكذلك الثالثة والرابعة تنقضي عدتهما ولم يطلق بهما غيرهما، وقال صاحب «الحاوي»: لا يصح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن يرجع إلى إرادة الزوج بقوله هذا [٣٩/أ] فإن أراد به الشرط فالجواب على ما قاله ابن القاضي، وإن أراد به التعريف فالجواب على ما قاله ابن الحداد، وإن لم يكن له إرادة أوقات الرجوع إلى إرادته بالموت كان محمولاً على التعريف دون الشرط لأن الشروط عقود ولا تثبت بالاحتمال.

فرع آخر

لو ولدت اثنين معاً ثم اثنين معاً في هذه الصورة التي ذكرناها فعلى قول ابن الحداد كل واحدة من الأولتين تطلق ثلاثاً ثلاثاً وتنقضي عدتهما بالأقراء وتطلق كل واحدة من الأخريين تطليقتين وتنقضي عدتهما بالولادة لأن الأولتين إذا ولدتا طلقت كل واحدة منهما تطليقة بولادة صاحبتها وطلقت كل واحدة من الأخريين تطليقتين بولادة كل واحدة من الأولتين، فإذا ولدت كل واحدة من الأخرتين لم تطلق واحدة بولادة صاحبتها لانقضاء عدتها بولادتها وطلقت كل واحدة من الأولتين تطليقتين بولادة الأخريين فاستكمل طلاق الأولتين ثلاثاً ووقع على الأخريين طلقتان وعلى قول ابن القاضي تطلق كل واحدة من الأولتين واحدة واحدة بولادة صاحبتها وكل واحدة من الأخريين تطلق تطليقتين بولادة

الأولتين، ولا تطلق الأولتان بولادة الأخريين لأنهما قد خرجتا بانقضاء العدة والولادة من أن تكونا صاحبتين للأولتين.

فرع آخر

لو قال: كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق فالجواب بإجماع أصحابنا على ما قال ابن الحداد في قوله: فصواحباتها طوالق لأن قوله فسائركن منصرف إلى غير التي ولدت لأن ذلك مشتق من السؤر وهو ما بقي بعد الشرب فكأنه قال: فالباقيات طوالق.

فرع آخر

لو قال: كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق يدخل [٣٩/ب] الوالدة فإذا ولدت كلهن واحدةً بعد واحدةٍ طلقت الأولى ثلاثاً طلقة بولادة نفسها وطلقتان بولادة الأخريين وعليها العدة لأن الطلاق الثلاث لحقها بعد ولادتها وتطلق الثانية طلقة بولادة الأولى وتنقضي عدتها بولادة نفسها، وتطلق الثالثة طلقة بولادة الأولى وطلقة بولادة الثانية وتنقضي عدتها بولادة نفسها وتطلق الرابعة ثلاث تطليقات وتنقضي عدتها بولادتها وفي هذه الصورة لا خلاف بين ابن الحداد وابن القاضي.

فرع آخر

لو ولدن كلهن في وقت واحد في هذه الصورة طلقت كل واحدة ثلاثاً بولادة نفسها وبولادة اثنتين من الباقيات لا بأعيانهما وعلى جميعهن العدة لأن الطلاق وقع عليهن بعد الولادة ولو ولدت اثنتان منهن معاً ثم ولدت الآخرتان في وقت واحد معاً طلقت كل واحدة من الأولتين ثلاثاً طلقة بولادة نفسها وطلقة بولادة صاحبتها وطلقة بولادة واحدة من الأخريين لا بعينها وعليها العدة وتطلق الآخرتان تطليقتين وتنقضي عدتهما بولادتهما.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو قال: كلما ولدت واحدة منكن فصواحباتها طوالق ثم طلقهن طلقة طلقة ثم ولدن، فإن ولدن دفعة واحدة لم تطلق واحدة منهن بولادة الأخرى لأن عددهن تنقضي بولادتهن فلا يقع الطلاق مع البينونة، وإن ولدت واحدة بعد واحدة بانت الأولى بولادتها ووقع على الباقيات طلقة ثانية، وإذا ولدت الثانية بانت ووقع على الثالثة ثالثة وعلى الرابعة ثالثة وبانتا فإذا ولدتا انقضت عدتهما ولم يقع بولادتهما شيءٌ، وعلى قول ابن

القاضي تبين كل واحدة بولادتها ولا يقع على الباقيات شيء [٤٠/أ] لأنهن بالبينونة خرجن من أن يكن صواحباتها.

فرع آخر

إذا قال: إذا دخلت بك فأنت طالق ولا نية له فقبلها أو لمسها بشهوة أو وطئها دون الفرج طلقت وفيه وجه آخر لا تطلق إلا بالجماع في الفرج.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ: أنتِ طالقٌ إنْ شاءَ اللّهُ لم يقعْ(١).

إذا قال: أنت طالق إن شاء اللّه لم يقع الطلاق، وكذلك لو قال: لعبده أنت حُر إن شاء اللّه لا يعتق وجملته إن الاستثناء يدخل في الطلاق والعتاق والأيمان والنذور والأقارير فيحل ذلك ويرفعه، وفي الطلاق لا فرق بين أن يكون مباشرة كقوله: أنت طالق أو معلقاً بصفة كقوله أنت طالق إذا طلعت الشمس إن شاء اللّه أو يكون يميناً كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء اللّه فكل هذا واحد لا يقع الطلاق، ونصّ في الأقارير أنه لو قال: علي ألف إن شاء اللّه لا يكون إقراراً، وقال: لا فصل بين أن تعلق بمشيئة اللّه تعالى بما يحبه اللّه ولا يكرهه أو بالضد من هذا لأن الأشياء كلها بمشيئة اللّه تعالى فلا يعلم أنه قد شاءه حتى يكون، وبه قال طاووس والحكم ابن عتيبة ومجاهد و(٢) والثوري وأبو حنيفة وأصحابه، وقال الزهري ومالك والليث: لا يدخل الاستثناء في الطلاق والعتاق والإقرار وإنما يدخل في الأيمان باللّه خاصة.

وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى: ترتفع بمشيئة اللّه حكم جميع الأيمان باللّه وبالطلاق وبالعتق ولا يرتفع به وقوع الناجز من الطلاق والعتق والنذر والإقرار، وقال أحمد: لا يرتفع به حكم النذر والعتق والإقرار ويرتفع به حكم غيرها، وحكي عن أحمد [٤٠/ب] أنه قال: لا يرتفع الطلاق خاصةً لأنه وصل إيقاعه بما يرفعه في الحال وفي ثاني الحال فلم يصح كما لو قال: أنت طالق ثلثاً إلا ثلاثاً وهذا غلط لأنه علق الطلاق بمشيئة من له مشيئة صحيحة فلا يقع قبل العلم بمشيئته، كما لو قال: أنت طالق إن شاء زيد وأما الذي قاسوا عليه لا يصح لأنه وقع جميع ما أوقع من حيث أثبته فلا يجوز وهاهنا علق بالمشيئةولا يعلم حصولها على ما بينا والصحيح عن أحمد ما ذكرنا أولاً، وحكاه القفال عن مالك وهو غلط عليه

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٢٥٧).

(٢) سواد في الأصل.

وحجته أن اللّه تعالى شاء العتق والنذر وندب إليه وكره الطلاق فإن النبي ﷺ قال: «أبغض الحلال إلى اللّه تعالى الطلاق»[1] والدليل على بطلان هذا المذهب ما ذكرنا، وقد روي أن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين ثم قال في أثرها إن شاء اللّه لم يحنث فيما حلف عليه»[2]. وقد روى عطاءٌ عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «من قال لامرأته أنت طالق إن شاء اللّه أو لغلامه أنت حر إن شاء اللّه أو عليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله فلا شيء عليه»[3]. وروى المقدام بن معدي كرب أن النبي ﷺ قال: «الاستثناء في الطلاق والعتاق جائز»[4] ولأن الطلاق وإن كان مكروهاً فإذا وقع وقع بمشيئة الله تعالى ولا يصير الشيء موجوداً إلا بمشيئة الله تعالى. وقد روي أن يهودياً سأل رسول الله ﷺ عن المشيئة فقال: «المشيئة لله فقال: إني إن أشاء أقعد فقال: شاء الله أن تقعد فقال: إني إن أشاء أن أقوم فقال: شاء الله أن تقوم فقال: إني إن أشاء أقطع هذه النخلة فقال: شاء الله أن تقطعها»، فنزل جبريل وقال: [٤١/أ] لقنت الحجة وفي ذلك نزل قوله تعالى ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾ [الحشر: ٥] الآية».

فرع

اختلف أصحابنا في قوله: إن شاء الله هاهنا هل يكون ذلك استثناءً يمنع من انعقاد ذلك كله؟ أو يكون شرطاً تعلق به فلم يثبت حكمه لعدمه على وجهين: **أحدهما**: وهو ظاهر المذهب أنه استثناء يمنع من انعقاده فلا يثبت له حكم ولا عقد. وقال أبو اسحاق المروزي هو شرط فلم يلزم لعدمه، وإن كانت منعقدة ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن شاء الله، أو إن شاء الله أنت طالق لا طلاق عندنا، وهكذا لو قال: أنت طالق بمشيئة فلان، أو إذا شاء الله أو متى شاء الله.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في كراهية الطلاق (٢١٧٨) وابن ماجه في الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد (٢٠١٨).

(٢) أخرج نحوه الترمذي في النذور والأيمان عن رسول الله، باب ما جاء في الاستثناء في اليمين (١٥٣١).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٧/ ٣٦١).

(٤) تقدم ذكره.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن لم يشأ الله لم يقع الطلاق لأنه لا فرق بين أن يعلق على وجود مشيئته وبين أن يعلق على عدم مشيئته.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ما لم يشأ الله لا يقع أيضاً.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق أن شاء الله بفتح الألف وقع الطلاق، وكذلك لو قال: إذ شاء الله لأن تقديره أنت طالق لأن الله شاء.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلا إن يشاء الله فالمذهب أنه يقع الطلاق لأنه جعل المشيئة مخلصاً له من الحنث، وإذا جهل المخلص من الحنث وقع الحنث كما لو قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد فلم تعلم مشيئته وقع الطلاق وفيه وجه آخر أنه لا يقع الطلاق لأنه علق الطلاق بعدم المشيئة أن لا تطلق فإذا لم يعلم ذلك لم يقع الطلاق.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ما شاء الله قال بعض أصحابنا: يقع الطلاق لأن حقيقة ما شاء الله لما مضى من المشيئة وتقع واحدة لأنا لا نعلم مشيئته لأكثر من ذلك.

فرع آخر

لو قال: [٤١/ب] أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله، أو قال: أنت طالق ثلاثاً وواحدة إن شاء الله فالذي يقتضيه المذهب أنه لايقع طلاقه ويرجع الاستثناء إلى الكلام كله، وكذلك لو قال: أنت طالق وطالق إن شاء الله وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يرجع إلى الثاني ويقع الأول وهذا غلط لأن الإستثناء اتصل بالكلام من غير قطع فأشبه إذا قال: أنت طالق واحدة وثلاثاً إن شاء الله.

فرع آخر

لو قال: أنتما طالقان إن شاء الله كان الإستثناء راجعاً إليهما، ولو قال: حفصة طالق وعمرة طالق وإن شاء الله فإن أراد بالإستثناء عمرة الأخيرة طلقت حفصة، وإن لم تطلق

عمرة وإن أرادهما لم يطلقا، وإن أطلق كان الإستثناء راجعاً إليهما لأن المجموع بالواو كالجملة الواحدة. وقال أبو حنيفة: يرجع إلى أقرب المذكور فتطلق حفصة دون عمرة، وقال بعض أصحابنا ولو قال: أردت بالإستثناء حفصة الأولىٰ دون الثانية حمل على إرادته وطلقت عمرة الأخيرة دون حفصة الأولىٰ وعند أبي حنيفة يرجع إلى الثاني ويقع الأول.

فرع آخر

قال الشافعي: في «الأم» في الأيمان: إذا قال: إن شاء الله لا يقع الطلاق إذا أراد الإستثناء، فأما إن كان قصده إن شاء الله كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىۡءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ۝٢٣ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُۚ﴾ [الكهف: ٢٣ ـ ٢٤]. أو كان مشتهراً بقوله إن شاء الله فسبق على لسانه لم يكن الإستثناء. وقال أصحابنا: لو لم يعرف تفسير قوله إن شاء الله يقع الطلاق أيضاً لأنه لم يرد به الإستثناء.

فرع آخر

قال أبو بكر الفارسي من أصحابنا: إن لم يكن من عزمه هذا الإستثناء ولكنه لما فرغ من [٤٢/أ] أنت طالق ندم فتدارك بقوله: إن شاء الله حكمنا في الظاهر بأنه استثنى إذ لا يعرف باطن الحال ولكن فيما بينه وبين الله تعالى واقع والإستثناء غير عامل. قال: وكذلك لو لم ينو في الإبتداء الإستثناء بقوله: إلا اثنتين ثم بدا له من بعد فاستثنى عقيبه يقع الطلاق وادعي في هذا اجماع الأمة واختاره القفال وغيره ولم يذكره أصحابنا بالعراق وقياس المذهب أنه يصح الإستثناء، وإن لم يكن على هذا الوجه لأن الكلام واحدٌ وآخره منوط بأوله ليظهر بأخره حكم أوله وقيل وجهان، أحدهما: تعتبر نيته في أوله، والثاني: يكفي أن ينوي قبل الفراغ منه فإن لم ينوه حتى فرغ من الكلام ثم بدا له يقع وجهاً واحداً وعليه عامة أصحابنا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن شاء الله وشئت فقالت: شئت لم تطلق لأنه لا يعلم مشيئة الله تعالى.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلا أن يشاء فلان فما دام فلان قادراً على المشيئة لم تطلق فلو مات حكمنا بأنها طلقت قبيل عجز فلان عن المشيئة وقيل: فيه وجهان.

فرع آخر

لوقال: أنت طالق إن شاء زيد فشاء وهو عاقل يقع وإن كان زايل العقل فإن كان بجنون أو إغماء فقال: شئت لم يقع، وإن كان بسكر يقع لثبوت الأحكام بأقواله ويحتمل وجهاً آخر أنها لا تطلق لأن سكره يوجب تغليظ الحكم على نفسه لا على غيره.

فرع آخر

لو مات زيد أو غاب أو خرس لم يقع لأنه لا تعلم مشيئته لأن المشيئة إنما تعلم من جهة النطق لا من جهة الإشارة هكذا نص الشافعي رحمة الله عليه، قال أصحابنا: إذا خرس فيه وجهان، أحدهما: هذا لأن تعليق الطلاق بمشيئته تعلق بقوله: شئت لأنه إذا قال ذلك وقع الطلاق شاء أو لم يشأ فإذا خرس فقد تعذر ذلك [٤٢/ب] ولأن المشيئة وقت الطلاق كانت نطقاً فلم تثبت بالإشارة وعلى هذا لو كان أخرس وقت التعليق فشاء بالاشارة طلقت، والثاني: يقع الطلاق بإشارته وأراد الشافعي رحمة الله تعالى عليه الأخرس الذي لا يحسن الإشارة وهذا لأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه مع العجز في وقت البيان فلا اعتبار بما تقدمه ألا ترىٰ أنه لو كان أخرس وقت الطلاق ناطقاً عند البيان لم تصح مشيئته إلا بالنطق، وإن صحت منه وقت الطلاق بالإشارة.

فرع آخر

لو اختلفا فقالت: قد شاء وأنكر الزوج فالقول قوله.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن شاء الحمار فهذا من الشروط المستحيلة لأنه لا مشيئة للحمار فجرى مجرى قوله أنت طالق إن صعدت السماء وفيه وجهان

فرع آخر

لو اختلفا فقال الزوج: كنت مغلوب العقل بالنوم أو الإغماء وعرف ذلك وقالت المرأة تجاننت أو تناومت أو تغاشيت فالقول قوله لأنه أعرف بنفسه.

فرع آخر

لو قال: طلقتك في حال الجنون وقالت: بل طلقتني بعد الإفاقة فإن أنكرت أن يكون قد جن قط فالقول قولها مع يمينها لأنه على أصل الصحة، وإن أقرت بأنه كان مجنوناً في

وقت فيه وجهان، أحدهما: القول قوله ولا طلاق لأن الأصل بقاء النكاح. والثاني: القول قولها ويقع الطلاق لأن الأصل الإفاقة.

باب طلاق المريض(١)

مسألة: قال: وطلاقُ المريضِ والصحيحِ سواءٌ.

المريض إذا طلق امرأته نفذ طلاقه لأن المرض لا يزيل التكليف ثم ينظر فإن كان رجعياً لم يؤثر في المهر ولأن الرجعية في معنى الزوجة فأيهما مات ورثه الآخر سواء كان المرض مخوفاً أو لم يكن، فإن انقضت عدتها [٣٤/أ] انقطع الميراث ولا يجعل فاراً مر ميراثها إذ لو أراد الفرار لأبانها، وإن كان بايناً مثل أن طلقها ثلاثاً أو طلقها الطلقة التي بقيت له عليها فإن بانت لم يرثها قولاً واحداً، وإن ماتت نص في الرجعة والعدد والإملاء على مسائل مالك على قولين، أحدهما: ترثه وهو قول مالك وأبي حنيفة وعامة أهل العلم، وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وربيعة والليث والأوزاعي والثوري وأحمد.

والثاني: لا ترثه وهو الأقيس والصحيح وبه قال ابن الزبير وعبد الرحمن بن عوف وهو اختيار المزني وأبي ثور رواه ابن اللبان عن علي رضي الله عنهم، واحتجوا بما روي أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته تماضر بنت الأصبغ الكلبية في مرض موته فورثها عثمان رضي الله عنه(٢) ولأن التهمة لحقته في قطع إرثها فغلظ عليه توريثها كالقاتل حرم المراث للتهمة وهذا غلط لأن سبب الإرث هاهنا النكاح فالإرث بالنكاح ولا نكاح محال كالإرث بالنسب ولا نسب محال. وأما ما ذكره من الإرث لا حجة فيه لأن عبد الرحمن خالفه حين قصد قطع حقها بالطلاق، وقال: ما فررت من كتاب الله تعالى يعني أنه أباح الطلاق. وقال ابن الزبير: ورث عثمان تماضر ولو كنت أنا ما ورثتها، وقال ابن أبي مليكه سألت عبد الله ابن الزبير عن رجل يطلق امرأته في مرضه فيبتها فقال: أما عثمان فورثها وأما أنا فلا أرى أن أورثها ببينونة إياها ولأنه روي أنها سألت الطلاق وعندهم لا ترث(٣) وأما التهمة فلا تصح لأنها موجودة إذا طلقها قبل الدخول ولا ترث.

فرع

إذا قلنا: ترثه فيه ثلاثة أقاويل: **أحدها:** ترثه مادامت في العدة فإذا انقضت لم ترث،

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢٦٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «**الكبرى**» (٧/ ٣٦٢).

(٣) سواد في الأصل.

وبه قال أبو حنيفة [٤٣/ب] والأوزاعي والليث وأحمد في رواية وهذا لأنه إذا لم تكن في عدة لم يبق النكاح ولا علقه من علقه فلا معنى للميراث، وقال عمر رضي الله عنه: ترثه في العدة ولا يرثها[1]. وروي في حديث تماضر أن عبد الرحمن بن عوف مات وهي في عدتها، وروي أبو سلمة ابن عبد الرحمن أنه ورثها عثمان بعد انقضاء عدتها. **والثاني**: أنها ترث ما لم تتزوج وبه قال أحمد في رواية وابن أبي ليلى وقد روي عن أبيّ بن كعب أنه قال: والذي يطلق وهو مريض لا يزال مورثها حتى يبرأ أو تتزوج ولأنها لم تتزوج فالتهمة لاحقه بالزوج، فإذا تزوجت تبينا أنها رضيت بذلك وخرج هو عن التهمة. **والثالث**: أنها ترث أبداً وبه قال مالك وربيعة لأن الفرقة هي السبب القاطع للميراث فإذا لم ينقطع بها الإرث لم ينقطع فيما بعد فعلى هذا القول والذي قبله لو كان الطلاق قبل الدخول بها ورثت وعلى القول الثالث يتصور أن ترث المرأة من زوجين وثلاثة وعلى القولين الأولين لا ترث إلا من زوج واحد.

فرع آخر

لو طلق في مرضه أربع زوجات له وتزوج بأربع سواهن صح النكاح، فإن قلنا: إن المطلقات يرثن قال الماسرجي: فيه وجهان، أحدهما: يكون الربع أوالثمن بين جميع المطلقات والزوجات يشتركن فيه وهو الصحيح لأن كل واحدة منهن ترث بالإنفراد، فإذا اجتمعن ورثن كالأربع، والثاني: أنه للأربع الأوائل المطلقات دون المتزوجات لأن حقهن أسبق، وقال أبو حامد: فيه ثلاثة أوجه وقيل ثلاثة أقاويل. والثالث: أنه للمتزوجات دون المبتوتات لأن ميراثهن بالنص والشرع منع توريث الزيادة على الأربع وهذا اختيار القفال وهذا ضعيف [٤٤/أ] لأن الشرع منع نكاح الزيادة على الأربع فأما إرث المطلقات فقد ثبت بإجماع الصحابة فلا يسقط نكاح غيرهن ولم يرد الشرع بمنع الزيادة على الأربع من الميراث.

فرع آخر

لو أقر في مرضه أنه طلقها ثلاثاً في صحته ومات من ذلك المرض لم ترثه على القولين لأن المريض إذا أقر بما فعله في حال الصحة كان بمنزلة ما فعله في حال صحته. ألا ترى أنه لو أقر في مرضه أنه وهبه في صحته وأقبضه كان من رأس المال؟ ومن أصحابنا من قال: فيه قولان أيضاً كما لو طلقها في مرضه لأن التهمة موجودة والأول أصح نص عليه

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٧/ ٣٦٣).

في «الأم» وبه قال أبو اسحاق وهو قول أبو حنيفة وهو كما لو أقر أنه أعتق في الصحة كان من رأس المال.

فرع آخر

قال أبو حنيفة رحمه الله: لو أقر في مرضه أنه كان طلقها في الصحة ثم أوصى لها ومات فإن لها أقل الأمرين من الوصية أو الميراث لأنه متهم إذا كانت الوصية أكثر وكان أخرجها من الميراث لتصح الوصية لها، وإذا كان الميراث أكثر فلا تهمة وهي وصية لغير وارث.

قال القفال: وينبغي أن يكون مذهبنا هكذا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: الأقيس أن لها الوصية بالغةً ما بلغت إذا خرجت من الثلث وهو اختيار شيخنا ناصر وبه قال أبو يوسف ومحمد.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن شئت فشاءت وقع الطلاق ولا ترثه قولاً واحداً وبه قال أبو حنيفة رحمه الله: لأنه غير متهم في طلاقها لقطع ميراثها، وقال ابن أبي هريرة من أصحابنا: ترث وبه قال مالك وأحمد في رواية. وهكذا الخلاف لو سألته الطلاق فأجابها إليه أو خالعها واحتجوا بأن ميراثها ثبت بقصة [٤٤/ب] عبد الرحمن وامرأته سألته الطلاق وهذا غلط لأنه لم يطلقها عبد الرحمن بن عوف عقيب سؤالها. وقد روي أنها سألته الطلاق فقال: إذا حصنت ثم طهرت فأذنيني فلما طهرت طلقها، وإذا تأخر لم يكن جواباً بل كان طلاقاً مبتدأ ولأن تماضر أخذت المال صلحاً لا إرثاً ولو سألته أن يطلقها طلقةً فطلقها ثلاثاً فإنها ترثه لأنها لم تسأله طلاقاً يقطع ميراثها في الحال.

فرع آخر

لو علق طلاقها بصفة نظر فإن كانت صفة لها منها بدٌ كقوله إن مشيت أو خرجت من الدار أو إن صليت التطوع أو إن صمت التطوع ونحو هذا لم ترثِ قولاً واحداً. وإن كانت صفة لا بد لها منه مثل قوله إن قمت أو قعدت أو أكلت أو شربت أو كانت صفة تحرم عليها تركها كقوله: إن صليت الفرض، أو إن صمت الفرض فهو على القولين لأن عليها ضرراً في ترك هذه الأشياء شرعاً وطبعاً.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: لو علق طلاقها بما لا بدّ لها من الأكل والشرب على ما ذكرنا ففعلته قبل وقت الحاجة فيه وجهان، أحدهما: يجري عليها حكم الإختيار اعتباراً بوقت الفعل لأنها تجد بدأ من تقديمه قبل الحاجة. والثاني: يجري عليها حكم عدم الإختيار اعتباراً بحال الفعل لأنها لا تجد بدأ من فعله.

فرع آخر

لو قال: إن كلمت أبويك فأنت طالق ثلاثاً فكلمتهما ترث لأن ترك كلامهما معصية ذكره أصحابنا، ولو قال: إن خرجت إلى منزل أبيك أو إلى منزل ابنك فأنت طالق فخرجت إلى منزل واحد منهما طلقت ولا ترث لأنه لا حاجة بها إلى ذلك ولا يجوز لها أن تخرج إلى منزلهما من غير إذن الزوج، ولو علق طلاقها بكلام غيرهما من الأقارب [٤٥/أ] فكلمت طلقت ولم ترث، وقال الحسن بن زياد: وإن كلمت ذا محرمٍ ورثت كالأبوين.

فرع آخر

لو قال في صحته: إن كلمت زيداً فأنت طالق، أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثم مرض فدخل الدار وكلم زيداً ترث لأنه متهم بإيقاع الفعل في مرض موته.

فرع آخر

لو قال في صحته: إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض ومات ترثه على هذا القول، وكذلك لو قال: إن لم أطلقك فأنت طالق ثلاثاً فلم يطلقها حتى مات طلقت قبل وفاته بلحظة ورثت لأنه كان يمكنه أن يختار في أن لا يقع عليها الطلاق الثلاث فلما ترك ذلك كان متهماً.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في آخر أجزاء صحتي المتصل بأول أسباب موتي طلقت فيه ولم ترث وإن كان متهماً لأنه طلاق في الصحة فلم يجز أن ترث ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو قال في صحته: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو إذا قدم زيدٌ فأنت طالق ثلاثاً فحصلت الصفة وهو مريض وقع الطلاق ولم ترثه قولاً واحداً. وقال القفال: فيه قولان، أحدهما: أنها كالمبتوته في المرض. والثاني: أنها كالمبتوتة في الصحة اعتباراً بحالة التعليق

وهي حالة الصحة. وفي القول الأول اعتباراً بحالة الوقوع وهما كالقولين فيمن علق عتق عبده بمثل هذه الصفة فوجدت في المرض هل يعتبر العتق من الثلث أو من رأس المال قولان. وأبو حنيفة ناقض هاهنا فجعل العتق من الثلث اعتباراً بحالة الوقوع ولم يورث هذه المبتوته اعتباراً بوقت التعليق. وقال مالك وزفر: ترث لأن الطلاق وقع عليها في مرضه وهذا غلط لأنه لا يتهم به في قطع ميراثها فلم ترث. [٤٥/ب]

فرع آخر

لو قال: في صحته أنت طالق قبل موتي بشهر وغاب بعد شهر من قوله طلقت قبل موته بشهر فإن كان وقوع الطلاق عليها لم ترثه لأنه طلاق في الصحة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: ترث لأن التهمة موجودة وكلام القفال يدل عليه وهو غريب، وإن كان مريضاً فالصحيح أنها لا ترثه لأنه عقد طلاق يجوز أن يكون وقوعه في الصحة. ومن أصحابنا من قال: ترثه لأنه لما قيده بزمان الموت ضار منهما بالتعرض له وهو الأقيس.

فرع آخر

لو طلقها في مرضه ثلاثاً ثم برأ من مرضه ثم مات لم ترثه قولاً واحداً خلافاً لزفر، ولو طلق امرأته الأمة أو الذميَّة ثلاثاً في مرضه ثم عتقت أو أسلمت ثم مات لم ترثه قولاً واحداً لأنها طلقها في حالة ليس بينهما توارث، وكذلك لو كان هو عبداً ثم عتق.

فرع آخر

لو اختلفت هي وورثة الزوج فقالت: طلق بعد عتقي وإسلامي وقالوا: طلق بعد العتق والإسلام فالقول قول الورثة لأن الأصل أن لا ميراث.

فرع آخر

لو اختلفت الحرة وورثة الزوج فقالت: طلقني في مرضه فلي الميراث وقال: الورثة طلقك في الصحة فلا ميراث فالقول قولها ولها الميراث لأن الأصل فيها استحقاق الميراث وشككنا في تقدم الطلاق.

فرع آخر

لو قال: للذمية في مرضه إن أسلمت فأنت طالق فأسلمت ورثت لتهمته.

فرع آخر

لو قال: لها السيد إن طلقك الزوج غداً فأنت اليوم حرة فطلقها الزوج غداً ثلاثاً في مرضه لم ترث قولاً واحداً سواء علم الزوج بذلك أم لا لأن العتق لا يقع إلا بالطلاق.

فرع آخر

لو قال سيد الأمة [٤٦/أ] أنت حرة غداً وقال زوجها وهو مريض: أنت طالق ثلاثاً بعد غدٍ طلقت بعد غدٍ ثلاثاً، وهل ترث؟ ينظر فإن كان الزوج جاهلاً بعتق السيد لم ترثه قولاً واحداً، وإن كان عالماً فعلى القولين.

فرع آخر

لو طلقها طلقة رجعية ثم أعتقها سيدها ومات زوجها نظر فإن كان قبل انقضاء العدة ورثته لأن الرجعية في معنى الزوجات، وإن مات بعد انقضاء العدة لم ترثه لأنه غير متهم في ذلك الطلاق.

فرع آخر

لو قال: في مرضه إذا عتقتِ فأنت طالق ثلاثاً فعتقت ترث على هذا القول. ولو قال ذلك وهو صحيحٌ لم ترث بلا خلاف.

فرع آخر

لو طلقها في مرضه ثم أرتدت ثم أسلمت ثم مات لم ترثه قولاً واحداً نص عليه لأنه أخرجت نفسها عن الميراث بالردة.

فرع آخر

لو طلقها في مرضه ثم ارتد هو ثم عاد إلى الإسلام لم ترثه لأنه حدث حالة لو مات فيها لم ترثه ولفظ الشافعي عندي أنها لا ترث في هذه المسألة.

فرع آخر

لو كان مريضاً فارتد ومات لم ترثه لأنه لا يقصد بالردة الفرقة.

فرع آخر

لو انفسخ نكاحها في مرضه بأحد العيوب الخمسة فيه وجهان، أحدهما: أنها في حكم

الطلاق. والثاني: لا ترثه قولاً واحداً لأنه بسبب من جهتها.

فرع آخر

لو قذفها في حال صحته ثم لاعنها في مرضه لا ترثه نص عليه الشافعي رضي الله عنه. وقال القفال: بمفهومه أن القذف واللعان لو كانا في المرض ترثه في أحد القولين، وقال غيره من أصحابنا: لا فرق بين أن يكون القذف في المرض أو الصحة لأنه [٦٤/ب] مضطر إلى ذلك لإسقاط الحد عن نفسه ونفي النسب، وقيل فيه ثلاثة أوجه، أحدهما: ترثه كالطلاق وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف. والثاني: لا ترثه لأنه لا يتهم به للحوق العار في لعانه. والثالث: ينظر فإن لاعنها في المرض عن قذف في صحته لم ترثه، وإن كان عن قذف في المرض ورثته لأن تقدم القذف في الصحة يزيل التهمة وبه قال محمد.

فرع آخر

إذا قلنا: ترث لا تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة، وقال أبو حنيفة: تنتقل لأنها ترث من زوجها كالرجعية وهذا غلط لأن باينة بالطلاق فعدتها عدة الطلاق، وتخالف الرجعية لأنها لو لم ترث منه بإن كانت أمة رجعية تنتقل إلى عدة الوفاة بموته بخلاف هذه.

فرع آخر

لو كان مريضاً فقال: إن بريتُ من مرضي فأنت طالق فبرأ ثم مات طلقت ولا ترث قولاً واحداً.

فرع آخر

إذا طلقها في مرضه المخوف ثم قتل قبل أن يصح منه ورثته في أصح القولين لأن المرض اتصل بالموت فهو كما لو مات منه.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق قبل موتي قال ابن الحداد: وقع الطلاق في الحال لأن ذلك قبل موته كما لو قال: أنت طالق في كل سنةٍ وقع في الحال طلقة لأنه في السنة. ولو قال: أنت طالق قبيل موتي لم يقع في الحال بل يقع في الجزء الذي قبيل الموت لأن ذلك تصغير يقتضي الجزء اليسير الذي يبقى، وهو كما لو قال: أنت طالق قبل رمضان وقع عقيب اليمين. وإذا قال قبيل رمضان وقع في آخر جزء من شعبان.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق مع موتي لم يقع الطلاق لأن تلك الحالة حالة البينونة. ولو قال: لعبده أنت حر [٤٧/أ] مع موتي عتق لأنه يصح أن يقول: أنت حر بعد موتي، ولا يجوز أن يقول: أنت طالق بعد موتي. ثم اعلم أن المزني احتج بقول الشافعي: الناس إنما يرثون من حيث يورثون وهو في احتجاجه على أبي حنيفة حيث قال: في ولدٍ تداعاه رجالٌ يلحق بهم ثم يرث هذا المولود من كل واحدٍ منهم كمال ميراثه ولا يرث منه كل واحدٍ منهم إلا بعض الميراث، فقال: يجب أن يستووا في الميراث لأن الناس إنما يرثون من حيث يورثون. فقال المزني: لما اجمعنا هاهنا أنه لا يرثها فكذلك هي وجب أن لا ترثه لهذا الذي ذكره الشافعي وأصحابنا أجابوا عن هذا بأنه قد يوجد الإرث مع أحد الجانبين دون الآخر، ألا ترى ابن العم يرث ابنة العم ولا ترث منه والجد مع ابنة ابنته، وإن الأخ مع عمته كذلك فيبطل الدليل.

باب الشك في الطلاق[1]

مسألةٌ: قالَ الشافعيُّ رحمةُ اللهِ تعالى عليهِ: لما قالَ رسولُ اللهِ ﷺ: «إن الشيطانَ يأتي أحدَكُم فينفخُ بينَ إليتيه فلا ينصرفْ حتَّى يسمَع صوتاً أو يجدَ ريحاً»[2] علمنا أنهُ لم يُزل تيقنُ طهارتِهِ إلا بتيّقُنِ حَدَثِهِ، كذلكَ منِ استيقنَ نكاحَها ثمَّ شكَّ في الطلاقِ لمْ يزُلِ اليقينُ إلّا بِيَقينٍ.

إذا شك هل طلق امرأته أم لا؟ فهما على الزوجية لأن الأصل الزوجيه فهو شك طرأ على يقين فيسقط الشك وهما على الزوجية والورع أن يحنث نفسه، فإن كان في اعتقاده أنه متى طلق طلق واحدة جعلها رجعية وراجعها واعتقد أنها على اثنتين فلا يضره ما فعل، وإن كان في اعتقاده أنه متى [٤٧/ب] طلق طلق ثلاثاً الزم نفسه ثلاثاً بأن يوقع الطلاق عليها لتحل لغيره بلا شبهةٍ ولا يقول: الزمت نفسي الثلاث لأنه ربما لا يكون قد طلق فيبيح زوجته للغير بل يبتدي ويوقع الطلاق احتياطاً، وقال شريك بن عبد الله: إذا شك في الطلاق طلق واحدة ثم راجعها حتى تصح الرجعة يقيناً وهذا غلط لأن لفظ الرجعة ممكن مع الشك في الطلاق فلا يحتاج يقين الطلاق، وإذا وقع الطلاق ثم شك في عدده بني علي اليقين فإن تيقن الواحدة وشك في الثانية جعلها واحدة، وإن تيقن طلقتين وشك في الثالثة فهما طلقتان

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢٧٢).

(٢) أخرج نحوه أحمد في «مسنده» (٨١٦٩).

والورع أن يجعل الطلاق في الزيادة وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماعه، وقال مالك وأبو يوسف: يلزمه الأكثر احتياطاً وهذا غلط لأن كل مالو وقع الشك في أصله بني على اليقين فإذا أوقع في عدده بني على اليقين كما في الصلاة. وحكي عن مالك أنه قال: إذا لزمه الأكثر لا تحل له إلا بعد زوج فإذا تزوجها ثانية بعد زوج ثان وطلقها واحدة طلقت ثلاثاً لجواز أن يكون طلقها في النكاح الأول اثنتين فبقيت معه على واحدة، فإذا تزوجها ثالثة بعد زوج ثان وطلقها واحدة طلقت ثلاثاً لجواز أن يكون طلقها في النكاح الأول واحدة ويسمى طلاق الدولاي.

مسألة: قالَ: ولوْ قالَ: حَنثُ بالطلاقِ أو بالعتقِ وَقَفَ عنْ نسائِهِ.

الفصل

إذا حنث بالعتق أو بالطلاق ولا يبدي ذلك بأن قال: إن كان هذا الطير غراباً فنسائي طوالق وإن لم يكن غراباً فعبيدي أحرار فطار الطير قبل أن يعلم ماهو. أو قال: إن كان هذا المقبل زيداً فنسائي طوالق [٤٨/أ] وإن لم يكن زيدٌ فعبيدي أحرار فغاب الشخص قبل أن يعرف وقع الحنث في أحد الملكين قطعاً ولكنا نجهل عينه فنأمره بالتوقف عن وطء النساء وعن التصرف في العبيد كما لو طلق واحدة منهن ثلاثاً وأشكل يوقف عن وطء الكل لأنه قد تحقق الحنث كذلك هاهنا فإذا توقف كلفناه البيان عن الطائر لأنه قد شاهده ونأخذه بنفقتهم جميعاً فإن الامتناع من قبله حتى يتبين ولا يقرع بينهما في حياته فإن بيانه أقوى من القرعة، فإن تبين فقال: كان غراباً طلق النساء ونظر في العبيد، فإن ادعوا أنه حنث فيهم دون النساء فالقول قوله فإن حلف رقوا، وإن نكل عن اليمين حلفوا، وعتقوا فتطلق النساء بإقرار ويعتق العبيد بنكوله ورد اليمين، وإن صدقوه على الرق، وإن كان قال: كان غير غرابٍ عتق العبيد وينظر في النساء فإن صدقنه فهن على الزوجية، وإن أنكرن وقلن كان غراباً فالقول قوله فإن حلف سقط دعواهن ويكون اليمين على البت وإن نكل وحلفن طلقن وعتق العبيد بإقراره وطلقت الزوجات بيمينهن ونكوله فإن قيل: أليس قلتم: إذا أنكح الوليان امرأةً فأقرت لأحدهما بأنه السابق وادعى الأخر عليها هل تحلف قولان فما الفرق؟ قيل لأن السيد هاهنا لو أقر للعبيد عتقوا وأقر للنساء طلقن فكان لغرض اليمين فأيده وهو أن تقبل رجوعه عن إقراره الأول وهناك لو أقرت للثاني ثانياً لا يقبل إقرارها فلم يكن لغرض اليمين عليها فائدة.

وإن لم يتبين لا يخلو إما أن يقول: لا أبين أو يقول: لست أعلم نظر، فإن قال: لا أبين حبساه حتى يبين وإن قال: لست أعلم نظر فإن صدقه النساء والعبيد توقف حتى ينكشف

الأمر وإن ادعوا [٤٨/ب] علمه فادعى عليه أحد الفريقين فالقول قوله فيحلف أنه لا يعلم أيش كان الطائر ولا يحبس ويوقف عن الملكين حتى يتبين أمره أو يموت، فإن نكل عن اليمين ردت عليهم وحبس لهم ورجع إلى بيانهم إن كان عندهم علم كما يجوز رد اليمين عليهم إذا نكل عن اليمين لهم ثم إن اتفق الفريقان على أن الحنث كان بعتق العبيد حلفوا دون النساء وعتقوا بأيمانهم ولم تحل النساء للشك في طلاقهن، وإن اختلف الفريقان فأدعى النساء الحنث بطلاقهن وادعى العبيد الحنث بالعتق حلف كل واحدٍ من الفريقين على ما ادعاه وطلق النساء بأيمانهم وعتق العبيد بأيمانهم، وإن كان مع بعضهم بينة بما كان الطائر أقامها وحكمنا بها، وقال القفال: إذا قال: لا أعلم يجعل امتناعه من الإقرار للعبيد إذا كانت الدعوىٰ منهم مثلاً إنكاراً ثم تعرض اليمين فيجعل سكوته وإعادته قول لا أدري نكولاً فيحلفون ويعتقون ثم النساء يدعين حكم عليه هكذا بإنكارٍ ثم بنكول فيحلفن ويطلقن وهذا حسنٌ ولكن ظاهر المذهب ما تقدم.

فرع

لو قال: كنت أعلم ولكني نسيت فأنظروني حتى أتذكر نظر.

فرع آخر

لو ادعى عليه أحد الفريقين فأنكر يكون ذلك إقراراً منه للآخرين وهذا لا إشكال فيه.

فرع آخر

لو عين في النساء وأكذبه العبيد حلف لهم، فإن نكل عن اليمين قد بينا أنه يرد اليمين عليهم فلو لم يسألوا أحلافه هل يحلفه الحاكم عنهم أم لا؟ وجهان، أحدهما: يحلّفهم لأن في عتقهم حقاً لله تعالى. والثاني: لا يحلّفه لأن قولهم في تصديقه مقبول بغير يمين، ولو روعي حق الله تعالى لحلف وإن صدقوه.

فرع آخر

إذا أراد السيد في زمانه الوقف أن يستخدم العبيد وينفق عليهم وأراد العبيد أن يكتسبوا لأنفسهم وينفقوا من كسبهم [٤٩/أ] فيه وجهان: **أحدهما**: القول قول السيد تغليباً لسابق الملك. **والثاني**: القول قولهم تغليباً لحكم التحريم وهكذا لو كان بدل العبيد إماءً.

فرع آخر

لو مات قبل أن يتبين فهل يرجع إلى بيان الورثة؟ ظاهر المذهب أنه لا يرجع لأن

الشافعي قضى هاهنا بالقرعة فلو كان البيان مرجواً من الورثة لما قضي به كما في حياته، ولأن ذلك يتضمن إسقاط الورثه بأن بينوا الطلاق في النساء وبعض الورثة لا يسقطون البعض، ولهذا لا يجوز للورثة أن يلاعنوا على نفي النسب الذي أنكره المورث، وقيل: فيه وجهان وقيل قولان، وقال القفال: فيه طريقان أحدهما: قول واحدٌ وهو الصحيح لما ذكرنا. والثاني: فيه قولان كما لو طلق إحدى امرأتيه لا بعينها فمات قبل البيان هل يرجع إلى الوارث؟ قولان:

أحدهما: ما ذكرنا. **والثاني**: يرجع إليهم لأنهم قائمون مقامه في حقوقه وجميع أموره، فإذا قلنا: لا يرجع إليهم أو لم يكن له وارث أو كان ولو يعلم أقرعنا بينهم فإن خرجت القرعة على الطلاق لم يعمل في الطلاق لأن القرعة لا مدخل لها في الطلاق وإنما أقرعنا بينهما للعتاق، فإذا كان كذلك تعين الزوجات على الزوجيه بالشك ويرثن لأنه لم يحكم بطلاقهن. قال الشافعي: والأولى أن يدعن ميراثهن، قال القفال: وهل تعاد القرعة؟ وجهان والمذهب أنه لا يعاد، وإن خرجت أولاً القرعة على العبيد عتقوا والنساء على أصل الزوجية لا بالقرعة، وهل يرثنه أم لا؟ ينظر فإن كن ادعين علمه بأن الطير كان غراباً لم يرثن لأنهن اعترفن بأنهن [٤٩/ب] طلقن ثلاثاً ثلاثاً، وإن لم يكن منهن دعوى ورثن والورع أن لا يرثن كيلا يكون الحنث فيهن فإن كان بعضهن ادعين ذلك دون البعض ورث من لم يدع ذلك دون من ادعاه، وقال أبو ثور: إذا وقعت القرعة على النساء يطلقن كما يعتق العبيد بها وهذا غلط لأنه لو طلق واحدةً من نسائه لا بعينها لم يقرع بينهن بخلاف ما لو أعتق واحداً من عبيده لا بعينه وهذا لأن العتق محله الملك، وفي الملك تدخل القرعة ولا تدخل القرعة في النكاح فكذلك في الطلاق الذي محله فيه فإن قيل: كيف تصح القرعة؟ في شيئين، أحدهما: لا مدخل لها فيه قلنا: لا يمتنع مثل ذلك كما يقبل شاهد وامرأتان في السرقة التي يجب فيها القطع فيغرّم بها، وإن كان لا يقطع بها كذلك هاهنا تدخل القرعة فتعمل في الرق والحرية، وإن كان لا مدخل لها في الطلاق.

فرع آخر

إذا خرجت القرعة على النساء فلم يطلقن هل يزول بهذه القرعة الشك عن رق العبيد أم لا؟ ظاهر المذهب أنه زال ذلك عنهم لأن القرعة إن لم تعمل في طلاق الزوجات عملت في نفي الحرية عن العبيد، ومن أصحابنا من قال: الشك بحاله في رق العبيد لأن القرعة إذا لم تعمل فيها خرجت عليه لم يعمل في غيره فيكون العبيد على أصل الملك بالشك ويجوز بيعهم ويكون مع ذلك مشكوك في لعانه وهو اختيار القاضي الطبري، وقال ابن أبي هريرة:

بل يتصرف في العبيد على أصل الملك أو يتصرف فيهم وهو شاك في ملكهم وجهان، وفائدة الوجهين، أنا إذا قلنا: يتعين على أصل الملك فله بيعهم ولا يكره له ذلك [٥٠/أ] وإذا قلنا: يبقى على الإشكال يكره له بيعهم ونقول لهم: الورع أن لا تبيعوهم فإن باعوهم صح البيع وكذلك يكره لهم الاستمتاع إن كنّ إماءً ولا نحرمه لأن الرق مشكوك فيه فإن قيل: أليس منعتم المورث من التصرف لأجل الشك؟ فهلا منعتم الوارث من التصرف آنفاً؟ قلنا: الفرق في حق المورث تيقنا الحنث في أحد ملكيه، إما النساء، وإما العبيد فأوقفنا عنهما، وأما الورثة إنما يملكون العبيد دون النساء فلم نتيقن الحنث في حقهم وهذا كما لو قال رجل: إن كان هذا الطائر غراباً فنساؤه طوالق وقال آخر: إن لم يكن غراباً فعبيدي أحرار ولم يعلم لا يوقف على واحدٍ منهما ملكه لأنه لا يتيقن الحنث في حقه.

فرع آخر

لو قال: إن كان هذا الطائر غراباً فنسائي طوالق، وإن كان حماماً فعبيدي أحرار ولم يعلم ذلك لم يحنث هاهنا لجواز أن يكون غير غراب وغير حمام وهو من جملة الشك في الطلاق والعتاق.

فرع آخر

لو رأى رجلان طائراً فقال أحدهما: إن غراباً فامرأتي طالق وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق فطار ولم يعلم قد ذكرنا أنه لا يحكم على واحد منهما بالطلاق لأن الأصل لكل واحد منهما بقاء النكاح وهذا كما أنه يجوز أن يجتهدا في إنائين أحدهما نجس ويتوضأ كل واحدٍ منهما ويصلي يجوز، ولا يجوز أن يتوضأ بهما رجل واحد.

فرع آخر

لو قال: هذا في اليمين بحرِّية عبدين بأن قال أحدهما: إن كان غراباً فعبدي حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فعبدي حر، وطار الطائر لم يعتق عبد واحد منهما لأن كل واحدٍ منهما شاك في وقوع الحرية على عبده، فإن بادل كل واحدٍ منهما عبده بعبد صاحبه صح الملك ونظر [٥٠/ب] فإن لم يكن أحدهما كذب صاحبه لم يعتق عليه، وإن قال: كل واحدٍ منهما لصاحبه بل كان ما قلت وخالفه عتق على كل واحدٍ منهما ما يملكه بإقراره السابق، وإن لم يتبادلا ولكن اشترى أحدهما عبد صاحبه، قال صاحب «الإفصاح»: يحتمل أن يقال: يقف عنهما لأن فيهما حراً لا محالة ولم يذكر القفال غيره ويحتمل أن يقال: له بيعهما لأن بيع كل واحد منهما كان جائزاً فلا يحرم بالشك. وقال أبو حامد: عتق ما اشتراه

لأنه لما أمسك عبد نفسه كان ذلك إقراراً بأن عبد صاحبه هو الذي عتق فإذا صار الحق له بعد ذلك عتق، كما لو قال: عبد فلان حر ثم ملك وفي هذا نظر لأنه يحتمل أنه في إمساك عبده على الرق خاطئاً وإنه هو الحر.

فرع آخر

لو كان له امرأتان فقال: إن كان هذا حماماً فزينب طالق، وإن لم يكن حماماً فعمرة طالق وخفى الأمر فإنه يحال بينه وبينهما حتى يتبين. ولو قال: إن كان حماماً فزينب طالق، وإن كان غراباً فعمرة طالق وخفى الأمر لا يلزمه شيء لأنه يحتمل أنه كان غير الحمام والغراب.

مسألة: قالَ: ولو قالَ: إحداكُما طالقٌ ثلاثاً مُنِعَ منهُمَا[1].

الفصل

إذا طلق إحدى امرأتيه بعينها ثم أشكلت مثل أن يرىٰ إحدى امرأتيه منطلقة فقال لها أنت طالق وأشكلت وأنكرت كل واحدة منهما أن تكون هي المنطلقة أو عينها ثم نسي، أو قال: إحداكما طالق وهو يريد إحداهما بعينها ثم نسي أو لم ينس يكون إقراراً وإخباراً عن التي طلقها وليس بتعين طلاق بالإختيار والشهوة ثم إذا بين لا يخلو إما أن يبين قولاً أو فعلاً فإن بين قولاً فقال: هذه التي طلقتها طلقت هذه والثانية زوجته، وإن بين بالفعل بأن وطئ إحداهما لم يكن ذلك دليلاً [٥١/أ] على أنها الزوجة والأخرى المطلقة والفرق بين البيان بالقول وبين البيان بالفعل لا يقبل هو أن الناس أجمعوا على أنه لو وطئهما جميعاً لم تطلق كل واحدة منهما، ولو قال بلسانه: طلقت هذه لا بل هذه طلقتا جميعاً فدل الفرق.

فرع آخر

لو بين بالقول وقال: هذه التي لم أطلقها فهذه زوجته والأخرى مطلقة.

فرع آخر

لو قال: هذه التي طلقتها لا بل هذه طلقتا معاً لأنه أقر بطلاق واحدة ورجع عنها فأقر بطلاق الأخرى وقبل ما أقربه ثانياً ولم يقبل رجوعه عن طلاق الأولى.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٢٧٨).

فرع آخر

لو كانت الزوجات ثلاثاً فقال: طلقت هذه لا بل هذه طلقن جميعاً.

فرع آخر

لو قال: طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وأبهم الطلاق في الثانية والثالثة فنكلفه البيان.

فرع آخر

قال ابن سريج: ولو قال: طلقت هذه أو هذه وهذه فقد أبهم الطلاق في الأولى والثانية وطلق الثالثة لأن معنى قوله: وهذه أي: وطلقت هذه.

وقال أبو حامد: ظاهر هذا الكلام غير ما قال أبهم الطلاق بين الأولى وبين الثانية والثالثة لأن قوله: وهذه معناه طلقت هذه أو هاتين فكأنه شك في تطليق الأولى أو تطليق الثانية والثالثة وهذا أولى لأن على قول ابن سريج يحتاج أن يضمر وهذه طلقتها وعلى هذا التقدير لا يحتاج إلى إضمار شيء.

فرع آخر

لو كن أربعاً فقال: طلقت هذه أو هذه فقد أبهم الطلاق في الأولى وفي الثانية وفي الثالثة وفي الرابعة فنكلفه البيان.

فرع آخر

لو قال: هذه وهذه أو هذه وهذه ولم يقل: لا بل قلنا: حصل الطلاق في الأوليين أو الأخريين فإن بيّن بعده إحدى الأولتين طلقتا دون الأخرتين، وإن بيّن إحدى الأخرتين طلقتا [٥١/ب] دون الأولتين.

فرع آخر

لو قال: هذه أو هذه وهذه أو هذه قلنا: يحتمل أنه تبين إحدى الأولتين وإحدى الأخرتين فعليه أن يبين واحدة من الأولتين وواحدة من الأخرتين ويحتمل أنه جعلهن أقساماً الأولى قسم والثانية مع الثالثة قسم والرابعة قسم فإن بين الأولى أو الرابعة لم تطلق غير التي بين وأن بين إحدى الوسطتين طلقتا معاً ذكره القفال.

فرع آخر

قال القفال: لو قال: هذه أو هذه وهذه فكن ثلاثاً وأشار إلى ثلاث من جملة الأربع احتمل أنه أراد الأولى وحدها أو الأخرتين وحدهما فيقال: له بين ماذا أردت ويحتمل أنه أراد الأخيرة بكل حال مع إحدى الأولتين فيقال له: بين إحدى الأولتين.

فرع آخر

إذا وطئ إحداهما لا يكون دليلاً على أنها الزوجة على ما ذكرنا ثم نقول له: عليك البيان قولاً فإن بين في التي وطئها فلا كلام لأنه وطئ زوجته، وإن تبين في الأخرى فالزوجيه في الأخرى والمطلقة موطوءة بشبهةٍ فلها مهر مثلها، وقال القفال: فإن كان الطلاق ثلاثاً جددناه إن لم يدع الشبهة ويوجب المهر بكونها معذورة بالجهل.

فرع آخر

إذا بيّن كان الطلاق من وقت الإيقاع دون البيان، والعدة من وقت الإيقاع بلا خلاف بين أصحابنا بالعراق لأن البيان هاهنا إخبار عن طلاق وقع ويعين ولهذا لا نقول له: في الأول بين المطلقة بل نقول عين المطلقة. وقال القفال: فيه قولان، أحدهما: وهو الأظهر هذا. والثاني: إنه من يوم البيان ثم قال: وهذا لا يصح وإنما يخرج من قول الشافعي في النكاح الفاسد إذا فرق فيه بين الزوجين هل تكون العدة من أخر الوطء أو من يوم التفريق؟ قولان والفرق ظاهر وهو أن هناك كان يستفرشها على حكم الزوجية، وإن لم يطأها زماناً وهاهنا قد خلينا بينهما فلم يكن مستفرشاً لها. [٥٢/أ].

فرع آخر

إذا بين الطلاق في إحداهما فللأخرىٰ عليه اليمين إن إدعت أن الطلاق كان لها، فإن نكل حلفت وطلقت أيضاً.

فرع آخر

لو أرسل الطلاق ولم يعين واحدةً منهما مثل أن يقول: إحداكما طالق ولم يقصد بقلبه إحداهما بعينها فإنا نكلفه البيان ونطالبه ونشدد عليه هاهنا أكثر لأنه موكول إلى اختياره وشهوته ونعذره إن امتنع حتى لا تكون غير امرأته محبوسةً بسببه ويلزمه نفقتها فإن قال: عيّنت في هذه طلقت وكانت الأخرى زوجةً ولا يسمع دعوى الأخرى عليه لأنه اختيار شهوةٍ.

وقال مالك: يقع الطلاق عليهما لأن إرسال الطلاق عليهما يجعل لكل واحدة منهما فيه خطأ. قال: ولو قال: إحداكما طالق ثلاثاً طلقتا ثلاثاً ثلاثاً وهذا غلط لأنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلا يقع على اثنتين كما لو عين واحدةً.

وقال داود: لا طلاق على واحدة منهما كما لو قال: لأحد هذين الرجلين علي درهم لا يلزم شيءٌ وهذا غلط لأنه اجتمع الحظر والإباحة وأمكن تميزهما فوجب التمييز.

فرع آخر

لو قال: في هذه المسألة عيّنت في هذه لا بل هذه لم تطلق الأخرى لأنه ألحق الطلاق بواحدة منهما فإذا عينه في إحداهما فقد اختار وقوعه عليها ولا يصح الرجوع فيه فلم يكن لقوله: لا بل هذه معنى وليس كذلك إذا كانت معينة وأشكلت فإن قوله: هذه إخبار عن المطلقة، فإذا قال: لا بل هذه كان رجوعاً عن الإقرار الأول إلى الثاني فيلزمهما كما لو قال: لفلان علي درهم لا بل دينار يلزمه الدرهم والدينار. وقال في «الحاوي»: فيه وجهان: أحدهما: هذا. والثاني: تطلقان معاً كما في المسألة قبلها وهذا على القول الذي يقول: البيان في المبهم يوجب وقوع الطلاق باللفظ دون [٥٢/ب] التعيين والوجه الأول على القول الذي نقول: لا يقع باللفظ بل بالتعيين وهذا غريب.

فرع آخر

لو قال عند التعيين: هذه وهذه أو هذه وهذه وهن أربع فالطلاق يحصل في الأول لما ذكرنا ولو قال: هذه أو هذه قلنا: ما زدتنا بياناً، وإذا قال: هذه أوهذه وهذه وكن ثلاثاً قلنا: تعين في إحدى الأولتين وخرجت الثالثة عن أن تعين فيها فيقال له: عين في إحدى الأولتين.

فرع آخر

قال الشافعي: لو قال هاهنا: هذه ثم قال: أخطأت بل هذه طلقتا معاً ومعناه أنه إذا قال: بل هذه يكون منه استئناف طلاقها فيطلقان معاً.

فرع آخر

لو وطيء واحدة منهما هل يكون اختياراً لها وطلاقاً للأخرى؟ قال المزني وأبو إسحاق وعامة أصحابنا وبه قال أبو حنيفة: يكون طلاقاً للأخرى واختياراً لهذه كما لو وطئ البائع الجارية المبيعة في مدة الخيار كان اختياراً لفسخ البيع وهذا لأنه اختار شهوته والظن

بالمسلم أنه لا يترك زوجته ويطأ أجنبية مطلقة محرمة، وقال بعض أصحابنا: لا يكون اختياراً لها لأن الطلاق لا يقع إلا بالقول كما في القسم الأول، وحكاه أبو حامد عن ابن أبي هريرة ولا يصح عنه وإنما الصحيح عنه القول الأول. وقال القفال: فيه قولان وهو غريب وظاهرُ مذهب الشافعي الثاني لأن الشافعي قال: منع من وطئها، فلو كان الوطء اختياراً لم يمنع. وقال أحمد: الوطء لا يكون تعييناً ولا القول و إنما يعين بالقرعة، وروي ذلك عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولأن الطلاق وقع على إحداهما فليس له تعيينه بإختياره كما لو وقع على واحدة منهما بعينها ثم نسي. وحكي عن أحمد القرعة في هذا الأصل أيضاً وهذا غلط لأن الزوج يملك إيقاع الطلاق وتعيينه [٥٣/أ] ابتداءً فإذا أوقعه ولم يعينه كان له تعينه لأنه استيفاء ما يملكه.

ويخالف الأصل الذي قاسوا عليه لأنه استوفى هناك في ملكه من الطلاق والتعيين فليس له الرفع من واحدة إلى غيرها.

فرع آخر

إذا قلنا: الوطء يكون بياناً قال أبو إسحاق: كان الوطء مباحاً لأنه لا يحرم ما يحصل به البيان وعلى قول غيره يحرم الوطء قبل البيان وهو ظاهر كلام الشافعي على ما ذكرنا وهذا لأن إحداهما مطلقة فيلزمه التوقف عنها حتى يعين الطلاق فيمن شاء منهما.

فرع آخر

إذا لم يجعل الوطء بياناً أخذ بتعيينه قولاً وهل يلزمه تعيينه في غير الموطوءة أو يكون على خياره في تعيينه في أيهما شاء؟ وجهان، أحدهما: يلزمه تعيينه بالقول في غير الموطوءة ليكون الوطء لزوجته. والثاني: يكون خياره في تعيينه في أيتهما شاء كما كان مخيراً لو لم يطأ.

فرع آخر

إذا قلنا: يكون على خياره فعينه في الموطوءة تعين فيها وهل يكون الطلاق واقعاً بهذا التعيين أو يكون واقعاً باللفظ المتقدم؟ وجهان قال أبو إسحاق: يقع في وقت التعيين وبه قال أبو حنيفة لأنه يظهر حكمه عنده، وقال ابن أبي هريرة: باللفظ المتقدم والوطء صادفها وهي غير زوجةٍ غير أنه لا حد عليه بحال وهذا لأن الطلاق قد وقع بدليل أن نأمره بالتوقف عنهما وحرمت عليه إحداهما لا بعينها فكيف يكون الطلاق من حين التعيين ويكون التحريم سابقاً؟ ومن أصحابنا من حكى عن ابن أبي هريرة ما ذكرنا عن أبي إسحاق، وعن أبي

إسحاق ما ذكرنا عن ابن أبي هريرة والصحيح ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا قلنا: الطلاق يقع بالتعيين فالعدة من وقت التعيين، وبه قال أبو حنيفة. وإذا قلنا: الطلاق يقع باللفظ المتقدم ففي العدة وجهان، أحدهما: من وقت التعيين اعتباراً بالتغليظ [٥٣/ب] في الأمرين. والثاني: من وقت الفظ المتقدم، وقال القفال: فيه قولان ولعله أراد تخريجاً لأن النص غير ظاهر على القولين، وقيل: المذهب أن الطلاق باللفظ والعدة من وقت التعيين لأنه لما جعل التعيين إلى اختياره وشهوته كانت كل واحدة منهما على حكم الزوجية حتى يتبين وهو كما يقول في المنكوحة نكاحاً فاسداً إذا فرق القاضي بينهما وجبت العدة من حين التفريق بينهما، وإن كان التحريم سابقاً كذلك هاهنا.

فرع آخر

قال القفال: إذا عين الطلاق في الموطوءة هل يلزمه المهر لها؟ وجهان بناءً على أن الطلاق من وقت الإيقاع أو من حين التعين وظاهر المذهب أنه يلزمه المهر.

فرع آخر

لو كان نكاح إحداهما فاسداً فإن كان الطلاق مرسلاً غير معين وقع على زوجته ولا يرفع إلى خياره لأنه لا يقع الطلاق إلا عليها، وإن كان معيناً وقال: أردت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل منه. وكذلك لو اتفقت الزوجتان في الاسم والنسب ونكاح إحداهما فاسد فذكرها باسمها ونسبها اللذين يشتركان فيه وقال: أردت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل منه.

وقال أبو حنيفة: إن قال: إحداكما طالق فيلزمه، وإن اشتركا في الاسم والنسب لم يقبل منه، ووافقنا في العبدين إذا اشتركا في الاسم وشراء أحدهما فاسد وشراء الآخر صحيح، وقال: يا فلان أنت حر وأراد المشترىٰ فاسداً قبل منه فنقيس عليه.

فرع آخر

لو شك في طلاق زوجته فأقام معها وأصابها فماتت وأخذ ميراثها ثم تيقن ذلك الطلاق فيها أخذ منه مهر مثلها للإصابة ورد جميع ما أخذه من ميراثها، ولو مات هو وأخذت ميراثها من تركته ثم أقرت بأنها علمت أنه قد طلقها ثلاثاً ردت الميراث ولا تصدق على أن لها مهراً بالإصابة سواءً ادعت الجبالة [٥٤/أ] بتحريم الأصل أو لم تدعِ ذلك، إذا ادعت أنه غصبها على نفسها أو لا اللهم إلا أن تقر لها الورثة بما ذكرت فترد الميراث ولها

مهر مثلها بالإصابة، ولو قال: لا أدري أطلقت نسائي أو واحدة منهن أم لا ثم مات ورثنه معاً ولا يمنعن من ميراثه بالشك في طلاقهن.

فرع آخر

لو قال: إذا جاء غد فأنت طالق أو عبدي حرٌ بعد غدٍ لم تطلق إذا جاء غدٍ لأنه أوقع الطلاق أو العتق بعد غدٍ ولم يعين، فإذا جاء بعد كان الخيار إليه في تعين الطلاق أو العتق.

مسألة: قال: فإن ماتتا أو إحداهما قَبْلَ أن يُقِرُّ وَقَفْنا له من كل واحدةٍ منهما ميراث زوج[١].

الفصل

إذا ماتت إحداهما فيما ذكرنا من الصورة لم يتعين الطلاق في الأخرى، وقال أبو حنيفة: يتعين الطلاق في الأخرى لأنه لا يجوز أن يطلق بعد موتها وهذا غلط لأنه يملك تعيين الطلاق قبل موتها فكذلك بعد موتها كما لو طلقها بعينها ثم أشكلت، فإذا تقرر هذا ذكر الشافعي رحمة الله تعالى عليه في الميراث إذا حصل الموت قبل البيان ثلاث مسائل **إحداها**: إذا ماتتا فلا فرق بين أن تموتا معاً أو تموت واحدة بعد واحدة فيوقف من تركة كل واحدةٍ منهما ميراث زوج، وقلنا له: بين ثم ينظر فإن كان الطلاق معيناً فالبيان أخبارٌ فإن قال: هذه المطلقة دون هذه نظر فإن صدقه الوارث في هذا ورثها وبانت الثانية، وإن كذبه الوارث وقال: بل طلقت الأخرى فالقول قوله مع يمينه، وإن كان الطلاق مبهماً فمتى عينه في واحدة طلقت وورث الأخرى ولا اعتراض للوارث هاهنا لأن بيانه اختيار شهوةٍ فلا اعتراض لهم عليه لما صح ايقاعه بعد الموت ولا إشكال أنه لا يرث التي عين الطلاق فيها سواء قلنا: الطلاق من وقت الإيقاع أو من [٥٤/ب] وقت البيان لأن من قال: إنه من وقت البيان قال: تستند الفرقة إلى وقت الإيقاع، وإن لم يوجد حقيقته إلا بعد الموت وهذا هو الدليل على ضعف هذا القول فإن الصحيح أنه قولٌ واحدٌ من وقت الإيقاع، وقال أبو حنيفة: رحمه الله: إذا ماتتا بطل التعيين وله نصف ميراث زوج من تركة كل واحدة منهما، وإن ماتت إحداهما تعين الطلاق في الحية على ما ذكرنا.

المسألة الثانية: إذا مات هو أولاً وبقيتا وقفنا من تركته ميراث زوجة ولكنا لا نقسمه بينهما لأن المستحق واحدة منهما، وإن لم يكن له وارث وقف حتى يصطلحا، وإن كان له

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٢٨٣).

وارث، وقال: لا أبين فكذلك نقفه حتى يصطلحا، وإن قال وارثه: أنا أبين الزوجة من غيرها هل يرجع في البيان إليه؟ الظاهر أنها على قولين وقيل: وجهان، فإذا قلنا: يرجع إليه قام مقام مورثه وإذا قلنا: لا يرجع إليه وقف حتى يصطلحا واختلف أصحابنا في موضع القولين فقال أبو إسحاق: سواء كان الطلاق معيناً أو مبهماً فالكل على قولين. وقال بعض أصحابنا: القولان إذا كان الطلاق معيناً فإن كان مبهماً فلا بيان للوارث لأنه بيان اختيار وشهوةٍ وهذا أصح، وقال القفال: إذا مات هو وهما حيان فالوارث لا يقوم مقامه قولاً واحداً لأنه لا غرض له في ذلك وإنما القولان إذا ماتتا أو ماتت إحداهما قبله فيكون له في البيان غرض صحيح. ولو قال لعبديه: أحدكما حرٌ ومات قبل التعيين والبيان فهل يقوم الوارث مقامه؟ قولان وإن كانا حيين لأن له غرضاً صحيحاً في تعيين أحد العبدين ما ليس في تعيين إحدى الزوجتين لتفاوت العبدين في القيمة والأغراض.

المسألة الثالثة: إذا ماتت واحدةٌ ثم مات هو ثم ماتت الثانية والمسألة إذا كان الطلاق معيناً ثلاثاً فيرجع إلى الوارث [٥٥/أ] فإن قال: طلق التي ماتت أولاً دون التي بقيت ثم ماتت بعد موته فقد آثر على نفسه لأنه يقول: ما ورثها والدي بل ورثته الثانية، وإن قال: طلق التي ماتت آخراً دون التي ماتت أولاً فقد أقر بأن والده ورث الأولى ولم ترثه الأخرى فإن صدقه الوارث فيما يقول فهو على ما ذكر، وإن لم يصدقه الوارث هل يقبل قوله فيما أخبر؟ قولان منصوصان:

أحدهما: يقبل قوله كما في القسم الأول **والثاني**: لا يقبل وهو الأصح لأنه يريد إحراز المال من الميته الأولى وحرمان الثانية من الميراث فهو متهم فيه. فإذا قلنا: إنه يقبل قوله يحلف على العلم أنه ما طلق الأولى ويحلف على البت أنه طلق الأخرى ويحتاج إلى يمينين لأن اليمين إذا كانت على فعل نفسه كانت على القطع نفياً كانت أو إثباتاً، وإذا كانت على فعل غيره فإن كانت نفياً فهي على العلم، وإن كانت إثباتاً فهي على البت والقطع، فإذا خلف كان لوالده الميراث من الأولى ولا ميراث للثانية من تركته، وإذا قلنا: لا يقبل قوله وقف له من الأولى ميراث زوج ووقف من تركته للثانية ميراث زوجة حتى يصطلحوا وهكذا الحكم لو ماتت إحداهما ثم مات الزوج وبقيت الأخرى حيةً ولم تمت على ما ذكرنا حرفاً بحرفٍ.

فرع

لو كان له أربع زوجات فقال: زوجتي طالق وقع على واحدةٍ منهن وكان عليه البيان، وحكي عن أحمد رحمه اللّه أنه قال: تطلق الأربعة وحكاه أصحابنا عن ابن عباس رضي اللّه

عنه واحتجوا بأن لفظ الواحد في الإثبات قد يعتبر به عن الجنس قال الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ﴾ [البقرة: ١٨٧]. وأراد ليالي الصيام وتقول العرب: درهمي لك وعبدي لك ويريدون [٥٥/ب] كل الدراهم والعبيد وهذا غلطٌ لأنه أوقع الطلاق على واحدة فلا يقع على الجماعة كما لو قال: إحدى نسائي طوالق، وأما ما ذكروه لا يصح لا يستعمل ذلك مجازاً والكلام يحمل على الحقيقة مهما أمكن.

باب ما يهدم الزوج من الطلاق(١)

مسألةٌ: قالَ الشافعيُّ رحمةُ اللَّهِ تعالى عليهِ: لمّا كانتْ الطلقةُ الثالثةُ توجبُ التحريمَ كانتْ إصابةُ زوجةٍ غيرِهِ توجبُ التحليلَ.

الفصل

إذا طلق امرأته طلقةً أو طلقتين وانقضت عدتها ثم تزوجت بزوج آخر وأصابها ثم طلقها ثم رجعت إلى الزوج الأول بنكاح جديد كانت عنده على ما بقي من الطلاق وبه قال عمر وعلي وأبو هريرة ومالك والأوزاعي وابن أبي ليلى وأحمد وزفر ومحمد، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: تعود إلى الزوج الأول بالطلاق الثلاث وقد هدم الزوج الثاني تلك الطلقة أو الطلقتين كما يهدم الطلاق الثلاث، واحتج الشافعي بأن هذه الإصابة لا تفتقر إليها الإباحة فلا تؤثر في الطلاق كإصابة المولي والوطء بالشبهة وبهذا فرق إذا كان قد طلقها ثلاثاً لأنها تفتقر إلى الإصابة الإباحة فأثرت تلك الإصابة في الطلاق، وقد روي أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من تزوج امرأةً ثم طلقها فتزوجت فطلقها زوجها ثم نكحت الآخر رجعت على ما بقي من الطلاق»(٢).

فرع

قال ابن سريج: لو قال: لها متى أمرتك بأمر فخالفتيني فأنت طالق ثم قال: لا تكلمي أباك وأمك فخالفت وكلمتهما لم تطلق لأنها خالفت النهي لا الأمر وقال والدي رحمه الله: يحتمل أن يقال: تطلق لأن النهي عن الخروج من ذلك الموضع أمرٌ [٥٦/أ] بضده وهذا أقيس عندي لجريان العادة تسميته أمراً.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٨٦/١٠).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١١٢/٤) (١٨٣٧٧) عن أبي هريرة عن عمر.

فرع آخر

قال في «الإملاء»: لو قال لها: متى نهيتني عن منفعة أمي فأنت طالق فقالت له: لا تعطِ من مالي شيئاً لم يحنث لأنه لا يجوز أن يعطي أمه مالها، وإذا أعطاها لا يجوز أن تنتفع به.

فرع آخر

لو قال لها: أنت طالق إن كلمت زيداً وعمراً وبكراً مع خالدٍ، فإن أراد في بكر مع خالد استئناف كلام كان شرط الطلاق كلام زيدٍ وعمرو دون بكر وخالد، فإذا كلمت زيداً وعمراً معاً أو على الإنفراد طلقت، وإن كلمت أحدهما لم تطلق، وإن أراد بقوله: وبكراً مع خالدٍ الشرط صار شرط الطلاق كلامهم كلهم فإن كلمتهم إلا واحداً منهم لم تطلق لأنه جعل شرط الطلاق اجتماعهما في الكلام، وإن جمعت بين بكر وخالد في الكلام وفرقت بين زيد وعمرو في الكلام طلقت لأنه لم يجعل الجمع في زيد وعمرو شرطاً.

وإن قال ذلك من غير إرادة حمل ذكر بكر وخالد على الإستئناف دون الشرط لأن اختلافه في حكم الإعراب وخالف بينهما في حكم الشرط وهو نصب الأول ورفع. وقال بعض أصحابنا: قوله: وفلان مع فلان يقتضي أن يكون كلامها لفلان وفلان في حال كون فلان مع فلان وهذا مثل قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنۢ بَعْدِ ٱلْغَمِّ أَمَنَةً نُّعَاسًا يَغْشَىٰ طَآئِفَةً مِّنكُمْ وَطَآئِفَةٌ قَدْ أَهَمَّتْهُمْ أَنفُسُهُمْ﴾ [آل عمران: ١٥٤]. وكانت هذه الجملة حالاً في الأولىٰ كذلك هاهنا وهذا ليس بمشهور.

فرع آخر

لو صرح وقال: إن كلمت هذين في حال كون فلان مع فلان أو أراد هذا بما تقدم من اللفظ ينظر فإن كلمتهما وفلان لم يكن مع فلان لم تطلق، وإن كلمتهما وكان حين الكلام [٥٦/ب] فلان مع فلان وقع الطلاق.

فرع آخر

لو قال: إن كلمت زيداً وعمراً فأنت طالق فقد علق الطلاق بكلامهما فإن كلمتهما وقع الطلاق، وإن كلمت أحدهما لم يقع. ولو قال: إن كلمت زيداً أو عمراً فأنت طالق فكلمت واحداً منهما طلقت لأنه علق الطلاق بكلام كل واحد منهما.

فرع آخر

لو قال: إن كلمت زيداً أو عمراً أو بكراً فأنت طالق فكلمت أحدهم طلقت واحدةً على ما ذكرنا، وإن كلمتهم قال ابن سريج: تطلق ثلاثاً لأن كلام كل واحد منهم شرط يتعلق به الجزاء إذا انفرد فوجب أن يتعلق به الجزاء إذا اجتمع. وقال صاحب «الحاوي»: عندي أنها لا تطلق إلا واحدةً لأن الجزاء واحد علق بأحد ثلاثة شروط فوجب أن لا يتعلق بها إذا اجتمعت إلّا جزاءٌ واحد.

ولكن لو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، وإن كلمت عمراً فأنت طالق، وإن كلمت بكراً فأنت طالق فكلمتهم طلقت ثلاثاً لأنها ثلاثة شروط علق بكل شرط منهما جزاءً منفرداً.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق لا كلمت زيداً أو عمراً وخالداً فكلمتهم طلقت، وإن كلمت بعضهم لم تطلق.

ولو قال: أنت طالق لا كلمت زيداً ولا كلمت عمراً ولا خالداً، فإن كلمت واحداً منهم طلقت.

فرع آخر

لو قال: لامرأتيه إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان فدخلت كل واحدة منهما كل واحدة من الدارين طلقتا وإن دخلت إحداهما إحدىٰ الدارين ودخلت الأخرى الدار الأخرى فيه وجهان، أحدهما: طلقتا لأن دخول الدارين موجود منهما. والثاني: وهو الأصح لا تطلقان حتى تدخل كل واحدة منهما كل واحدة من الدارين لأنه لو أفرد طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين لم تطلق إلا بدخولهما معاً. [٥٧/أ] وكذلك لو قال: إن ركبتما هاتين الدابتين فأنتما طالقان فركبت كل واحدة منهما كل واحدة من الدابتين، أو قال: إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقان فأكلت كل واحدة أحد الرغيفين.

فرع آخر

لو قال: إن دخلت هذه الدار ودخلت هذه الأخرى فأنت طالق لم تطلق إلا بدخولهما جميعاً لأنه علق الطلاق بدخولهما.

ولو قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار، وإن دخلت الأخرى فأيهما دخل وقع الطلاق.

وكذلك لو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، وإن دخلت الأخرى طلقت بدخول كل واحدة منهما ويفارق الأولى لأنه جعل الطلاق جواباً الدخولهما.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو قال لعبده: إن لم أبعك اليوم فإمرأتي طالق ثم أعتقه في الحال طلقت لأن معناه إن فاتني بيعه اليوم وبالعتق فاته البيع، ولو دبره لم تطلق لأن التدبير لا يمنعه من البيع ثم ينظر فإن باعه لم تطلق وإن لم يبعه طلقت.

فرع آخر

لو كاتبه في الحال لم تطلق أيضاً في الحال لأنه يجوز أن ينفسخ فيجوز بيعه. وإذا قلنا: إذا أعتقه طلقت في الحال في زمان طلاقها وجهان، أحدهما: طلقت عقيب عتقه. والثاني: طلقت في آخر اليوم إذا ضاق عن وقت البيع لو كان بيعه ممكناً.

فرع آخر

لو قال: إن كنت أملك أكثر من مائة فأنت طالق وكان معه خمسون درهماً فإن قال: معناه لا أملك زيادةً على مائة لم يحنث لأنه قد صدق لأن الذي معه خمسون لا يملك أكثر من هذه ولا أكثر من ألف، وإن قال: أردت أملك مائة ولا أملك زيادة عليها حنث، وإن طلق ولم يكن له نيةٌ فيه وجهان، أحدهما: يحنث [٥٧/ب] لأن معناه إثبات مائةٍ معه ونفي ما زاد عليها، وعلى هذا لو ملك أكثر ولو قيراطاً طلقت.

فرع آخر

لو قال: إن كنت أملك إلا مائة فأنت طالق، وكان يملك أقل من مائة يقع طلاقه، ومن أصحابنا من حكى فيه وجهين والأول أصح لأن إلا هاهنا مستثناة من نفيٍ فوجب أن يكون إثباتاً.

فرع آخر

لوقال: أنت طالق اليوم إذا جاء غدٍ فإن جعل غداً شرطاً في وقوع الطلاق عليها اليوم لم تطلق اليوم لأن الشرط لم يوجد. وإذا جاء غدٍ لم تطلق أيضاً لأن الطلاق يقع عقيب وجود الشرط فلا تطلق بوجود الشرط قبل زمان وجوده ويخالف هذا إذا قال: أنت طالقٌ قبل وفاتي بشهرٍ لأنه ما جعل موته شرطاً به يقع الطلاق، وإنما رتب الطلاق على هذا فمثاله هاهنا أن لو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غدٍ وأنا صحيحٌ أو أنت من أهلي فإذا جاء غدٍ

طلقت على ما رتب لأنه ما جعل غداً شرطاً، وإنمارتب وقوعه على هذا الوجه.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق اليوم غداً فإن قال: معناه تطلقين اليوم فإن من طلق اليوم فهي طالقٌ غدا طلقت اليوم طلقة ولم تطلق غدا شيئاً.

وإن قال: معناه تطلقين اليوم وتطلقين غداً طلقت اليوم طلقةً وغداً طلقةً.

وإن قال: معناه تطلقين اليوم أو غداً طلقت مكانهما لأنه جعل كل واحد من اليومين محلاً لوقوع الطلاق مطلقة[1].

وإن قال: معناه اليوم تطلقين نصف طلقةٍ وغداً نصف طلقة أخرى طلقت اليوم طلقة وغداً طلقة أخرى.

وإن قال: معناه نصف طلقةٍ اليوم والنصف الباقي منها غداً يقع في اليوم طلقة تكميلاً للطلقة الواقعة فيه وهل تطلق من غدٍ؟ وجهان [٥٨/أ] ذكرهما ابن سريج،أحدهما: لا تطلق لأن البعض الذي أوقعه في غده قد تكمل في يومه. والثاني: تطلق لأن البعض الذي في يومه يكمل في الشرع لا بتقديم ما أخره فوجب أن يكون الذي في غده واقعاً بالإرادة مكملاً بالشرع، وإن لم يكن له إرادة تطلق واحدة في يومه حملاً على الحالة الأولى لأن الأصل أن لا طلاق.

فرع آخر

لو قال: طلقت هذه أو هذه وهذه، قال ابن سريج: تطلق الثانية وإحدى الأولتين فيلزمه تعيينها لأنه شك فيهما وعطف الثالثة على المطلقة.

وقال أبو حامد: ينبغي أن تكون الثالثة أيضاً مشكوكاً في طلاقها لأنه عطفها على الشك ومن اختار قول ابن سريج أجاب عن هذا بأنه عدل عن لفظ الشك إلى واو العطف فينبغي أن لا يشاركهما في الشك ويكون معطوفاً على الجملة.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو تزوج رجل بجارية والده عند عدم الطول وخوف العنت وصح النكاح ثم قال لها: إذا مات أبي فأنت طالقٌ ثم مات أبوه فيه وجهان، قال ابن سريج

---

(١) سواد في الأصل.

وجماعة لا يقع الطلاق وينفسخ النكاح بالملك لأنه التقى الفسخ والطلاق فلم يقع الطلاق.

وقال المزني: في «المنثور»: لو قال لإمرأته الأمة: إذا ملكتك فأنت طالقٌ في حال ملكي فملكها انفسخ النكاح ولا يقع الطلاق وهو اختيار القاضي الطبري.

وقال أبو حامد: عندي يقع الطلاق لأن صفة الطلاق موته والطلاق يقع عقيب الصفة، وأما الفسخ فلا يقع عقيب الملك فلا يلتقي زمان الطلاق مع زمان الفسخ فيقع الطلاق، ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن النكاح لا يجتمع مع الملك لأن الملك ينافيه فيحصل الملك والبينونة في حالةٍ واحدةٍ وذلك عقيب الموت [٥٨/ب] من غير فصلٍ.

فرع آخر

لو كانت المسألة بحالها ومات الأب وعليه دين يستغرق قيمتها فمذهب الشافعي أن الدين لا يمنع انتقال الملك إلى الورثة فيكون حكمه كما لو لم يكن عليه ففي الطلاق وجهان. وقال الإصطخري: الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة فعلى هذا يقع الطلاق لأنه لم يملكها.

فرع آخر

لو كان الدين لا يستغرق جميعها فقد انتقل الملك في الكل على مذهب الشافعي وفي البعض على قول الإصطخري فيكون الحكم كما لو لم يكن عليه دين لأن ملك البضع ينافي النكاح كملك الكل.

فرع آخر

لو كانت المسألة بحالها فقال زوجها: إذا مات أبي فأنت طالق وقال أبوه: إذا مت أنا فأنت حرة فقد تعلق بموت والده طلاقها وعتقها، فإذا مات أبوه نظر فإن لم يكن عليه دين وخرجت من الثلاث عتقت بموت أبيه ويقع الطلاق لأنه ما ملكها، وإن لم تخرج من الثلث عتق منها بقدر الثلث وملك الزوج ما بقي منها، وهل يقع الطلاق على ما مضى؟ قال عامة أصحابنا: لا يقع وهو ظاهر المذهب. وقال أبو حامد: يقع، وإن أجاز الورثة فإن قلنا: إنها تنفيذ لما فعله المورث وقع الطلاق، وإن كان عليه دين يحيط بالتركة لم تعتق لأنها لا تخرج من الثلث ثم هو على قول الشافعي ملكها وهل يقع الطلاق على ما مضى؟ وعلى قول الإصطخري لم يملكها فيقع الطلاق، وإن كان الدين لا يحيط بالتركة فالحكم كما لو لم يكن دين، ولو كاتبها المولي ثم مات لم يقع الطلاق على قول ابن الحداد لأنه ينتقل ملكها إلى الورثة وينفسخ نكاحها.

فرع آخر

لو قال: لإمراته [٥٩/أ] الأمة إذا أعتقك سيدك فأعتقها طلقت وكانت عدتها عدة الحراير وإن قال لها سيدها: إذا طلقك زوجك فأنت حرة فطلقها عتقت وفي عدتها قولان، أحدهما: عدة حرة. والثاني: عدة أمةٍ.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن كلمت فلاناً إلى أن يقدم زيدٌ أو حتى يأذن زيد، قال ابن سريج: إن كلمته قبل قدوم زيد أو قبل إذنه وقع الطلاق لأن هذا التحديد يرجع إلى شرط دون الطلاق فيكون تقديره إن كلمته من الساعة إلى أن يقدم فلان فأنت طالق، وإن كلمته بعد قدومه أو إذنه لم تطلق لأن التحديد يصح دخوله في الشرط ولا يصح دخوله في الطلاق ألا ترى أنه يصح أن يقول: إن كلمت فلاناً على أن يقدم فلان فأنت طالق، ولا يصح أن يقول: أنت طالق إلى أن يقدم فلان فإذا كان كذلك عاد إلى ما يصلح عوده إليه دون ما لا يصلح وعلى هذا لو قال: جعلت الغاية في قدوم عمرو حداً للطلاق لا يصح لأن وقوع الطلاق يمنع تحديده إلى غاية.

فرع آخر

لو قال: يا زانية أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله يرجع الإستثناء إلى الطلاق ويكون قاذفاً لأن قوله يا زانية اسم مشتق من فعل لا يصح دخول الإستثناء فيه لأنه يصح أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله ولا يصح أن يقول: يا زانية إن شاء الله وهكذا لو قلب الكلام فقال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله رجع إلى الطلاق دون القذف. وقال محمد: يرجع إليهما لأنه لا يصح رجوعه إلى الأبعد دون الأقرب وهذا فاسدٌ بما ذكرنا أن الأسماء المشتقة من الأفعال والصفات لايصح دخول الإستثناء فيها. [٥٩/ب]

فرع آخر

لو قال: يا طالق أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله طلقت بقوله يا طالق وعاد الإستثناء إلى قوله أنت طالق ثلاثاً لأن الإستثناء يعود إلى ما أوقع لا إلى الأسماء المشتقة. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله فكذلك أيضاً. وقال محمد: يعود الإستثناء إليهما معاً فلا تطلق.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال: يا حفصة فأجابته عمرة فقال: أنت طالق فإن قال: قدرتها حفصة ولم أعلم أن عمرة أجابتني طلقت عمرة في الحكم لأنه خاطبها بالطلاق فقال: أنت طالق ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى، وأما حفصة فإنها تطلق بإقراره في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى، ومن أصحابنا من ذكر وجهاً آخر أنه يقع الطلاق على حفصة خاصة لأنه يحتمل أن يكون أوقع الطلاق على التي ناداها دون التي أجابته، وكذلك إن قال: أنا أردت بقولي أنت طالق حفصة وعلمت أن التي أجابتني عمرة طلقت عمرة بظاهر الخطاب في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى على ما أراد وتطلق حفصة بإقراره في الظاهر والباطن، وإن أشار إلى عمرة وقال لها: أنت طالق يا حفصة ولم يشر إلى حفصة فإن عمرة تطلق بالإشارة إليها ولا تطلق حفصة، وإن قال: أنا قدرت أن المشار إليها هي حفصة وإن قال: أنا قصدت أن أطلق حفصة هذه كانت أو غيرها طلقت حفصة ظاهراً وباطناً وطلقت عمرة في الحكم وهذا لأن التسمية تسقط مع الإشارة إلى العين، ولهذا لو أشار إلى امرأةٍ أجنبية فقال لها: أنت طالق يا حفصة ظنها زوجته حفصة لم يقع الطلاق على حفصة لأنه ما أشار الطلاق إليها ولا أرسله نحوها.

فرع آخر

لو رأى أجنبية في الطريق [٦٠/أ] فقال: حفصة طالق ولم يشر إليها تطلق زوجته لأنه قد سماها وأوقع الطلاق عليها، ولو قال: إنما أردت هذه الأجنبية بالطلاق دون زوجتي لا يقبل قوله، وقال في «الحاوي»: لو رأى أجنبية فظنها زوجته عمرة فقال لها: أنت طالق وأشار إليها لم يقع على زوجته، ولو سمى فقال: يا عمرة وأشار إلى الأجنبية أنت طالق ولم يعلم أنها أجنبية طلقت زوجته عمرة في الظاهر للتسمية وكان في الباطن مديناً لأجل الإشارة.

فرع آخر

لو قال لها: إن تظاهرت منك فأنت طالق مني ثلاثاً قبل ظهاري منك فظاهر منها وقع الظاهر ولزمته الكفارة بالعود ولم يقع الطلاق لأن الطلاق معلق بشرط لا يمكن تصحيحه بحال لأنا متى ألزمناه الطلاق بطل الظهار وفي بطلان الظهار بطلان الطلاق وتقع المسألة في دورٍ.

فرع آخر

قال ابن الحداد: إذا قال لامرأته الأمة: إن اشتريتك فأنت طالق ثلاثاً وقال لها سيدها: إن بعتك فأنت حرة فاشتراها منه عتقت وطلقت ثلاثاً، لوجود الصفتين، قال أصحابنا: أما العتق فيقع على جميع الأحوال في انتقال الملك في مدة الخيار لأنه يتعقب العقد خيار المجلس فله إيقاع العتق فيه لأنه يملك فيه فسخ البيع، وأما الطلاق فإنما يقع إذا قلنا: الخيار يمنع انتقال الملك أو قلنا: إنه مراعى، فأما إذا قلنا: الخيار لا يمنع انتقال الملك يجب أن ينفسخ بالملك ولا يقع الطلاق ويجيء هاهنا ما ذكره أبو حامدٍ إذا علق طلاقها بموت أبيه وكان أبوه مالكها أن الطلاق يقع لأن الملك يحصل عقيب الشراء والفسخ يترتب عليه والطلاق يقع عقيب الشراء قال ابن الحداد: وقد نصَّ الشافعي على أن الحرَّ إذا اشترى امرأته الأمة فلم يتفرق والبائع حتى طلقها ثلاثاً فإن تم الشراء [٦٠/ب] فلا طلاق لأنه يستدل على أن طلاقه صادف أمته لا امرأته، وإن لم يتم الشراء عمل طلاقه فيها وحرمت عليه وهذا على القول الذي يقول: الملك موقوف مراعى.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت صبياً مرضعاً فأرضعته خمس رضعاتٍ في الحولين حرمت عليه وانفسخ نكاحها، ثم أنها تزوجت بزوج آخر ودخل بها وطلقها أو مات عنها فإنها لا تحل للزوج الأول لأنها أرضعت زوجها الصغير فصارت من حلائل أبنائه فحرمت على الآباء.

فرع آخر

قال: كان رجلٌ ببلخ فقالت له امرأته: اصبغ ثيابي يكن لك فيه أجرٌ، فقال الرجل: إن كان لي فيه أجر فأنت طالق ثلاثاً فقالت المرأة: هذه المسألة وقعت ببلخ فاستُفتي فيها إبراهيم بن يوسف العالم فقال: إن كان إبراهيم بن يوسف عالماً فأنت طالق فاستفتي إبراهيم فقال: لا يحنث في اليمين الأولى لأنه مباح ولا أجر في المباح، ويحنث في اليمين الثانية لأن الناس يُسمونني عالماً واليمين تقع على عرف الناس. وقال بعض أصحابنا: يحنث في اليمين الأولى إن قصد بذلك براً لأن الرجل قد يؤجر في المباح واللعب مع امرأته وجاريته وفي جماعهما إذا قصد به تعففهما وتطيب منهما، وإن كان مباحاً وهذا صحيح ظاهر.

فرع آخر

لو أن رجلين كانا على سلم أحدهما على أول الدرج من السلم والآخر على الدرجة

العليا منه فقال الذي هو على الدرجة العليا منها للذي على الدرجة السفلى: إن نزلت منها قبل أن تصعد فامرأتي طالق، وقال الآخر: وأنا وإن صعدت إليك قبل أن تنزل إليَّ فامرأتي طالق فرفع السلم كما هو وهما عليه فوضع على الأرض أو حول فجعل أعلاه أسفله فقد خرجا جميعاً من اليمين [٦١/أ] بانتقالهما عن الحال علقا الطلاق عليها.

فرع آخر

قال: لو قال لها وهي حامل: إن ألقيت ما في بطنك فأنت طالق فألقته نظر فإن كان ذلك مخلوق الولد وقد مضى عليه أكثر من أربعين يوماً لم يقع الطلاق، وإن أسقطت في أربعين يوماً من أول العلوق طلقت، وإنما فرقنا بين الحالتين لما ورد في الخبر عن رسول اللّه ﷺ وزعم أهل الخبرة إن الولد إنما يكون في الرحم أربعين يوماً ثم يخرج بعد ذلك إلى البطن.

فرع آخر

قال: لو قال لها: إن لم تصومي يوم الجمعة فأنت طالق، أو إن لم تصلي غداً ركعتين فأنت طالق طالق فحاضت قبل أن يمكنها الصلاة أو وافق يوم طهرها يوم النحر أو يوم الحيض فتركت الصوم والصلاة طلقت إن شاء اللّه لأنه لا صلاة لها مع الحيض ولا صوم أيضاً في يوم النحر ويوم الحيض، ولو قال لها إن لم تصومي يوم النحر، أو إن لم تصلي في وقت الحيض فأنت طالق فصامت يوم النحر أو صلت في حيضها لم تطلق، والفرق أن الكلام إذا أطلق وأرسل إرسالاً يحمل على الصحة والسلامة، وإذا عين واستقصىٰ في الوصف والشرط كان على ما شرط ووصف صحيحاً كان أو فاسداً ونظيره ما ذكرنا لو قال لها: إن لم تبيعي هذا الحر فأنت طالق فباعته لم تطلق، وإن كان البيع فاسداً، ولو قال: إن بعت مالك فأنت طالق فباعت حراً لم تطلق. وقال بعض أصحابنا في المسألة الأولى: إذا قلنا: لا يقع الطلاق عند عدم الاختيار لا يقع هاهنا أيضاً وهو الصحيح عندي.

فرع آخر

قال لو قال لها: أنت طالق إن سألتيني الخلع إن لم اختلعك فقالت: وأمتي حرة إن لم أسألك ذلك قبل الليل، فإن سألته الخلع فقال الزوج: خالعتك على ألفُ تعطينها فقالت [٦١/ب] لا أقبل فقد بَرَّ كلُ. . . . . يحنث.

فرع آخر

قال لو قالت له امرأته: يا أحمق فقال لها إن كنتُ أحمق فأنت طالق فإن لم يرد[١] بطلاقه إياها نظر في أموره وأحواله في مثل سنه[٢] وصناعته، فإن وجد في ذلك ناقصاً في مراتب أمثاله نقصاً[٣] بلا مرض ولا سبب من سُكر أو غيره علم أنه أحمق فيقع الطلاق وإلا فلا يقع.

فرع آخر

قال لو قالت له امرأته: ما أنت إلا غوغا فقال الرجل: إن كنت غوغا فأنت طالق فإن أراد الشرط دون المجازاة لقولها فإن كان الرجل يجتمع مع المفسدين والذين يمخرقون على العامة في الأسواق ويجنباهم الناس ولا بغية له من يقع أو دفع ضره طلقت، وإن كان بخلاف ذلك لم تطلق.

فرع آخر

لو قال لها: أنت طالق إن أحببت دخول النار فقالت: أحببتُ دخولها فيه وجهان، أحدهما: لا يقع ولا يقبل قولها لأنه يكذبها العادة الظاهرة فإن أحداً من العقلاء لا يرضى بها ويحب ذلك. والثاني: يقع ويقبل قولها لأن المحبة معنىً يوجد في قلبها وهي أعلم بالحال فقد تحب ذلك، إما لضعف رأيها أو بلوغها الطريقة التي يسلكها بعض الصوفية فإن أحوالهم على ما يقال: تبلغ إلى حد يحبون دخول النار بدلاً من المعاتبة والمحاسبة وفي الكفرة من يرضى ذلك جزعاً على نفسه وفي الناس من يلقى نفسه في النار لدفع مضرة هي أعظم من ذلك وقد يلقي نفسه فيها لئلا ينتقم منه عدوه.

فرع آخر

لو قال لها: إن لم تُعرّفيني عدد الجوز الذي في هذا البيت فأنت طالق فإن المخلص من ذلك أن تذكر عدداً يتيقن [٦٢/أ] أنه أكثر من عدد ذلك الجوز ولم تطلق لأنه حينئذٍ قد عرفته عدده وما زاد عليه من العدد لغو، وكذلك، لو قال: إن لم تعرفيني عدد حب هذه الرمانة قبل كسرها فأنت طالق فإنها تخبره بعدد حتى يتيقن الزيادة على ما يحتمل من العدد.

---

(١) (٢) (٣) سواد في الأصل.

فرع آخر

قال المزني في المنثور: لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً ثم قال لامرأة أخرى: أنت شريكتها في هذا الطلاق ثم قال لامرأةٍ له أخرى وأنت شريكتها في هذا الطلاق فقال الشافعي: تطلق الأولى منهن ثلاثاً والثانية اثنتين والثالثة واحدة.

قال المزني: وعندي تطلق كل واحدة منهن ثلاثاً وذلك أنه جعلهن كلهن مشتركات فيما أوقع من الطلقات بينهن لكل واحدة ثلثها فنجزأها فتكون واحدة.

فرع آخر

قال المزني في «المنثور»: لو قال لها: إذا قدم أبوك فأنت طالق فقالت له: لم تؤخرها عجلها لي الساعة فقال: عجلتها لك يريد بذلك الطلقة التي عقدها بقدوم أبيها القياسُ عندي وباللّه التوفيق إن الطلقة قد انعقدت مؤخرة فلا يجوز أن يكون أبداً في عينها عجلة وقد شرحنا نظير هذه المسألة قبل هذا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام وقع الطلاق عليها إذا طلع الفجر من اليوم الثالث، ولو قال في مضي ثلاثة أيام فإنها تطلق إذا مضت ثلاثة أيام فإن كان قال: بالليل طلقت إذا غربت الشمس من اليوم الثالث: وإن كان قال ذلك بالنهار طلقت حتى يصير إلى مثل ذلك الوقت من اليوم الرابع.

فرع آخر

قال في «البويطي» لو قال: أنت طالق في مكة أو بكة أو في الدار أو في البحر فهي طالق [٦٢/ب] ساعة تكلم به إلا أن يكون نوى إذا كنت بمكة أو في الدار وهذا يدل على أنه إذا نوى ذلك يقبل منه في الحكم أيضاً لأنه محتمل وهذا لأن المطلقة بغير مكة يكون مطلقة بمكة وكذلك إذا قال: أنت طالق في الظل وهما في الشمس، وقال في «الحاوي»: إن أراد كونها بمكة دونه أو كونه بمكة دونها روعي ذلك، وإن لم يكن له إرادة روعى حُصولها بمكة دونه لأنه هو الأظهر من الكلام فإذا حصلت بمكة طلقت سواء كان الزوج بها أم لا، فإن لم يكن في مكة لا يقع الطلاق وما قاله «البويطي» لا يصح لأنه يسقط فائدة التخصيص ويبطل بقوله: أنت طالق في غدٍ فإنها لا تطلق في مجيء غدٍ، وإن كانت المطلقة في اليوم مطلقة في غدٍ.

فرع آخر

قال ابن سريج بعد ما حكى عن البويطي ما ذكرنا لو قال لها: أنت طالق في الشتاء وهما في الصيف لا يقع الطلاق إلا إذا دخل الشتاء لأن هذا يذكر للشرط.

فرع آخر

لو قال: إن كلمتيني فأنت طالق وقالت: إن كلمتني فعبدي حر طلقت ولم يعتق عبدها لأنها كلمته.

فرع آخر

لو قال: إن ضربتِ زيداً فأنت طالق فضربته على ثوبه فإن أحس بالضرب من تحت الثوب طلقت سواءً آلمه أو لم يؤلمه، وإن لم يحس بالضرب لم تطلق.

فرع آخر

لو قال لها: إن ضربتك فأنت طالق فعضها أو قطع شعرها قال ابن سريج: لا يحنث لأن هذا ليس بضرب، وحكي عن المزني أنه قال: أنا واقف في هذا لأني إن قلنا: لا يقع على العض اسم الضرب احتملته اللغة، وإنما أتوقف لأنه لا بد من ضربٍ بالأسنان وأنه يحصل به الإيلام.

فرع آخر

لو قال لها: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر [٦٣/أ] فقد ذكرنا أنه إذا قدم بعد شهر ولحظة تبينا أن الطلاق وقع عقيب عقد الصفة، فإن عقد هذه الصفة ثم خالفها ثم قدم زيد بعد شهر ولحظة تبينا أن الطلاق وقع قبل عقد الخلع، فإن كان الطلاق ثلاثاً فقد ذكرنا أن عقد الخلع باطل لأنها خالع بعد الصفات الثلاث، وإن كان الطلاق رجعياً يصح الخلع لأن خلع الرجعية جائز، فإن كانت المسألة بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم فورثه الآخر ثم قدم زيد بعد شهر ولحظة فالميراث باطل لأن الوفاة بعد الطلاق الثلاث، فإن كانت المسألة بحالها فخالفها بعد يوم ثم قدم زيدٌ بعد عقد الخلع بشهر ولحظة فالطلاق يقع قبل قدومه بشهر ولحظة والخلع قد سبق الطلاق لأنه وقع قبل قدومه بشهر ويوم فالخلع صحيح والصفة قد ارتفع حكمها، فإن كانت المسألة بحالها فطلق ثلاثاً ثم قدم زيد بعد الطلاق بشهر ولحظة فالطلاق الذي باشرها به واقع لأنه قبل وقوع الطلاق، فإن مات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد الوفاة بشهر ولحظة فالميراث صحيح لأن صفة

الطلاق وجدت بعد الوفاة فلا يقع الطلاق على من بانت بالوفاة، ولو قال لأمةٍ: أنت حرة قبل قدوم زيد بشهر فباعها ثم قدم زيد بعد البيع بشهر ولحظة فالبيع جائز لأنه قبل العتق والعتق لا يقع لأن الصفة وجدت بعد خروجها عن ملكه.

فرع آخر

قال القفال: لو قال: إذا قدم زيدٌ غداً فأنت طالق غداً فماتت من الغد بكرةً، ثم قدم زيد وقت الظهر هل يتبين أنها كانت مطلقة، وجهان بناءً على ما لو نذر وقال: للّه عليَّ أن أصوم يوم يقدم زيدٌ فقدم [٦٣/ب] في نصف النهار هل يلزمه قضاء يوم؟ قولان واختلف أصحابنا في أصل القولين فمنهم من قال: أصله أنه إذا قدم هل يتبين أن صوم ذلك كان واجباً؟ فيه قولان فإن قلنا: يتبين أنه كان واجباً هاهنا يتبين أن الطلاق هاهنا وقع في ابتداء النهار، ومنه من قال: أصله أن صوم بعض النهار هل يصح؟ قولان فمن قال به قال: لا تطلق هذه ولا يتبين أنها مطلقة وهذا حسن لكن المذهب ما ذكرنا فيما تقدم قبل هذا ذكره الجمهور من أصحابنا.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً قبل أن تكلمي فلاناً بشهر ثم طلقها واحدةً وتزوجت زوجاً غيره ثم كلمته بعد شهر من يوم قال لها أنت طالق ثلاثاً قبل أن تكلمي فلاناً بشهر فإن الواحدة تقع عليها ولا تقع عليها الثلاث، ولو كانت المسألة بحالها وكان قد دخل بها طلقت واحدةً، فإن لم تنقض عدتها حتى تكلم فلاناً فإنها تبين بثلاث ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويقع عليها من الثلاث ما بقي وهو اثنتان.

فرع آخر

لو قال لها: متى لم أطلقك واحدةً فأنت طالق ثلاثاً ثم قال: أنت طالق بَرَ في يمينه ولا حنث عليه، وإن سكت في أثر كلامه ساعة طلقت ثلاثاً ووقت ذلك أن يتبع الطلاق اليمين في نحو ما يتبع الاستثناء اليمين.

فرع آخر

قال ابن الحداد لو قال مملوك لامرأته: أنت طالق غداً اثنتين فأُعتق قبل الغد فلم يأت وقت الطلاق حتى كان حُراً فله الرجعة إذا جاء ذلك الوقت ووقع الطلاق، ألا ترى أن الذي لم يدخل بامرأته لو قال لها: أنت طالق غداً واحدة فدخل بها قبل الغد فإن أتى بالغد وهما

حيان وقعت واحدة وله الرجعة لأن الطلاق لم يقع حتى صارت مدخولاً بها. [٦٤/أ]

فرع آخر

قال ابن سريج: لو قال: أنت طالق يوم لا أطلقكِ فمضى يوم لم يطلقها فيه طلقت بالحنث، ولو قال: أنت طالق يوم لا أدخل دار زيدٍ طلقت إذا مضى عليه وقت يمكنه أن يدخل فيه دار زيد من ليل أو نهارٍ ولا يراعى فيه مضي يوم. قال: لأن الناس يريدون بمثل هذا الوقت دون اليوم المقدر لقوله تعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ﴾ [الأنفال: ١٦] أراد به الوقت ولم يرد به نهار اليوم، قال صاحب «الحاوي»: هذا التعليل إن صح في قوله لا أدخل دار زيد صح في قوله يوم لا أطلقكِ، وليس الفرق بينهما معنى يصح فإن حمل ذكر اليوم في دخول الدار عبارة عن الوقت جعل هاهنا أيضاً، وإن لم يجعل في أحدهما لم يجعل في الآخر.

قال: ولو قال: ليلةً لا أدخل فيها دار زيدٍ فأنت طالق لم تطلق إلا بمضي ليلةٍ لا يدخل فيها دار زيد، والفرق بين الليلة واليوم أن العرف مستعمل بأن الوقت قد يُعبّر عنه باليوم ولا يُعبّر عنه بالليلة، وإن أراد فيما ذكرنا النهار دون الليل والوقت دين في القضاء لأنه متحمل، وعلى هذا لو قال: يوم أدخل الدار فأنت طالق ولا نية له لم يحمل على الوقت على ما ذكرنا، وقال ابن الحداد: وهو اختيار القاضي الطبري يحمل على اليوم الذي هو بياض النهار، وإذا لم يدخل ذلك اليوم تبينا أنها طلقت في أوله ويعتبر فيه مضي اليوم لأن اليوم حقيقته في جميعه واستعمال في هذا الوقت مجاز فيحمل على الحقيقة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلى حين أو إلى زمان طلقت إذا سكت لأنه حين وزمان.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو قال الرجل لإحدى امرأتيه: أنت طالق إن دخلت الدار لا بل هذه يريد الأخرى فإن دخلت الأولى [٦٤/ب] طلقتا جميعاً، وإن دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما وإنما كان كذلك لأنه علق طلاق الأولى بدخول الدار ثم رجع عن ذلك وعلق بدخولها طلاق الأخرى فتعلق به، ولم يصح رجوعه عن طلاق الأولى فتعلق طلاقها بدخولها الدار، ومن أصحابنا من قال: إذا دخلت الثانية وقع عليها الطلاق، وكذلك الأولى يقع عليها بدخولها لأنه علق طلاق الأولى بدخولها ثم رجع عن هذه الصفة جملة إلى أن علق طلاق الثانية بدخولها فلزمه الصفة الأولى والثانية ومن نصر ابن الحداد قال: لا تنعقد يمينه

في الثانية بالكناية لأن الشافعي قال: لو قال رجل: يميني في يمينك لم تنعقد يمينه، وقال المزني: سألت الشافعي عن ذلك في الطلاق فقال: لا يمين إلا على الحالف دون صاحبه، قال أصحابنا: هذا خطأ لأن اليمين في الطلاق تنعقد بالكناية، وإنما اليمين بالله عز وجل لا تنعقد ويحتمل ما رواه المزني أنه أراد به إذا لم ينو بقوله الطلاق، وذكر صاحب «الحاوي» هذه المسألة وقال: لو كان له زوجتان حفصة وعمرة فقال: يا حفصة، إن دخلت الدار فأنت طالق لا بل عمرة، فإن أراد لا بل عمرة طالق بدخول حفصة، فإذا دخلت حفصة طلقت حفصة وعمرة كما لو قال: حفصة طالق لا بل عمرة طلقتا معاً، وإن أراد لا بل إن دخلت عمرة الدار فهي طالق فتطلق حفصة وحدها بدخول الدار وتطلق عمرة أيضاً بدخول الدار، وإن أطلق فيه وجهان، أحدهما: يحمل على الحالة الأولى، والثاني: يحمل على الحالة الثانية بدخول كل واحدة منهما موضع لطلاقها ولا تطلق عمرة بدخول حفصة.

فرع آخر

قال أصحابنا: إذا قال رجل لرجل: يميني في يمينك نص الشافعي رحمة الله عليه على ما ذكرنا وينظر فإن أراد أنك إذا صرت حالفاً [٦٥/أ] بطلاق امرأتك فقد صرت حالفاً لا يصح ذلك وإن أراد به الحنث نظر، فإن كان ذلك الرجل قد طلق امرأته وأراد به أن امرأتي كذلك طلقت أيضاً وأنه أراد به أنه متى طلقت امرأتك وقع الطلاق على امرأتي، فإذا وقع عليها الطلاق طلقت امرأته أيضاً، وقال ابن أبي أحمد: لا تطلق في هاتين المسألتين أيضاً، وإن أراد به أنك إذا صرت حانثاً بطلاق امرأتك فقد صرت حانثاً لا يصح وفيه وجه آخر يصح.

فرع آخر

قال ابن سريج: قال الشافعي: لو قال رجل لها: أنت طالق أين كنت فطلقها تطليقة لم يقع عليها إلا هي لأنها إذا طلقت واحدةً فهي طالقٌ أين كانت، وكذلك قوله حيث كنت وأين كنت ومن أين كنت قال ابن سريج: قوله لا يقع عليها إلا هي يعني أنه حين قال: أنت طالق أين كنت طلقت بهذا القول واحدة ولم يتكرر عليها الطلاق بعد ذلك وقوله يطلقها أي بهذا القول لأنه طلقها بعد طلاقها آخر والله أعلم.

فرع آخر

لو قال لامرأتين له، أطولكما حياةً طالق ثلاثاً الساعة، فإذا ماتت إحداهما قبل صاحبتها علمنا أن الطلاق كان قد وقع على الباقية يومئذٍ فاعتد بها من يومئذٍ، فإن كانت قد

حاضت ثلاث حيض قبل موت صاحبتها فقد انقضت عدتها لمضي ثلاثة قروء بعد وقوع الطلاق، وإن كان وطئها في عدتها هذه وهي لا تشعر فعليه مهر مثلها وعليها العدة من يوم وطئ وهي ثلاثة أقراءٍ ولا يملك الرجعة إذا كان الطلاق مما يملك الرجعة فيه ولا بقية العدة من يوم وقوع الطلاق ولا تحل لغيره إلا بانقضاء العدة من يوم كان الوطء ذكره ابن سريج.

فرع آخر

لو قال لها: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق [٦٥/ب] فأذن لها فلم تعلم بالإذن فخرجت على ظن أنها تطلق فالظاهر من المذهب أنها لا تطلق، وفيه قولٌ آخر أنها تطلق وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، وهذان القولان مبنيان على الوكيل إذا عزل فتصرف قبل العلم بالعزل هل يصح؟ قولان، وقد قال الشافعي: هاهنا الورع أن يحنث نفسه ولم يرد به أنه وقع الطلاق لخروجها بل أراد به يحسبها طلقة رجعية ثم يراجعها وإن كان ثلاثاً سرحها بثلاث ثم يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره.

فرع آخر

لو قال: إن تزوجت فأنت طالق فأبانها ثم تزوجها هل تعود اليمين؟ قد ذكرنا فيه قولين، فإن قلنا: تعود فلو تزوج أخرى في حال ما بانت هي منه هل تنحل ذلك اليمين حتى لو نكحها ثانياً وتزوج أخرى لا تطلق ينظر، فإن قال: إن تزوجت انحلت اليمين، وإن كان قال: إن تزوجت عليك فيه قولان، وقال مالك: إن تزوج عليها وضيعة يجعل كأنه لم يتزوج عليها.

فرع آخر

لو قال: إن لم أتزوج عليك فأنت طالق لا تطلق ما لم يؤيس منه فإن ماتت هي نظر فإن كان قال: إن لم أتزوج عليك طلقت قبيل الموت وإلا فلا، ثم إذا ماتت هي لا يرثها، ولو مات هو هل ترثه؟ قولان، على ما تقدم بيانه، ولو قتل وأجهز قتله قال القفال: في كرّة لا ترثه لأنه لم يوجد من جهته عجز، وقال في كرّةٍ ترثه لأنه وجد العجز في حالةٍ لطيفةٍ قبل خروج الروح.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق كيف شئت فما لم تشأ لم يقع الطلاق وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يقع طلقة في الحال وإليها المشيئة في الكيفية إن شاءت كانت رجعية، وإن

شاءت كانت بائنة، وإن لم تشأ شيئاً [٦٦/أ] تقع رجعية، واحتج بأنه أوقع أصل الطلاق وجعل صفته مشيئتها لأن ما لا حصول له لا يتكيف ولا كيفية للمعدوم بدليل قول الشاعر:

خليلي كيف صبرك بعدنا فقلت وهل صبر فتسأل عن كيف؟

وهذا غلط لأنه بالمعدوم إذا كان للشيء جهات يقال: كيف أخيط هذا القميص وكيف ابني هذه الدار وللطلاق جهات فيحسن أن يقول: كيف وقوعه نوضحه أنه لو صرّحَ فقال: أنت طالق إن شئت كيف سبب تعلق بمشيئتها وصح ذلك.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ما لم تحبلي أو قال: ما لم تحيضي طلقت إذا لم تحبل في الحال أو تحيض فإن كانت حائضاً أو حبلى طلقت لأنه على حبل وحيض مستقبل ولم يعلم حبلها ووضعت لأقل من ستة أشهر طلقت لأنه لم يكن لحبل مبتدأ وإن وضعت لستة أشهر فصاعداً نظر فإن كان حين خاطبها به غير مباشرٍ بعد اللفظ، وإن كان حين خاطبها بذلك مباشراً لها ففي وقوع الطلاق وجهان، أحدهما: يقع لأن وقوع الطلاق عموم إلا بشرط مشكوك فيه، والثاني: لا يقع لأنه معلق بشرط مشكوك فيه، قال صاحب «الحاوي» فقد يحمل الأيمان بالطلاق على العرف كالأيمان فإذا حلف على غيره بالطلاق ليجرُّ به على الشوك فإذا مطله مطلاً بعد مطلٍ بَرَّ في يمينه اعتباراً بالعرف، ولو قال: ليضربنها حتى تموت فضربها ضرباً مؤلماً وجعاً لا يقع الطلاق اعتباراً بالعرف وهذا إذا أطلق ولم يرد به حقيقة اللفظ، فإن أراد حُمل عليه وهكذا نظائر ذلك وأشباههُ.

فرع آخر

لو قال: أنت طالقٌ إن كلمتك، وأنت طالقٌ إن دخلت الدار طلقت باليمين الأولى لأنه صار مكلماً باليمين الثانية سواء جاء باليمين الثانية متصلاً [٦٦/ب] باليمين الأولى أو منفصلةً عنها.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن كلمتكِ ثم أعاد فقال: أنت طالق إن كلمتك طلقت لأنه صار مكلماً بإعادتها.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن كلمتك فاعلمي ذلك فإن قال هذا منفصلاً حنث، وإن قاله متصلاً فيه وجهان، أحدهما: يحنث، والثاني: لا يحنث لأنه من كلمات يمينه قاله في «الحاوي».

فرع آخر

لو اتهم زوجته بسرقة فقال: أنت طالق إن لم تصدقيني هل سرقت؟ فخروجه يقيناً من يمينه أن تقول له: سرقت وتقول له: ما سرقت فيتيقن صدقها في أحدهما ولا يحنث.

فرع آخر

لو حلف بالله تعالى أو بالطلاق على شيء يحمل أمرين يعني أحدهما بالنية، فإن لم يحلف في حظره وإباحته فالنية فيه نية الحالف دون المستحلف، وإن اختلف في حظره وإباحته، فإن كان الحالف مظلوماً والمستحلف ظالماً كالحالف الشفعوي أن لا شفعةً عليه للجار أو كان حنفياً فحلف لا شيء عليه للمدبر فالنية في اليمين نية الحالف دون الحاكم المستحلف، وإن كان الحالف ظالماً كالشفعوي، إذا حلف أن لا يمين عليه للمدبر والحنفي إذا حلف أن لا شفعة عليه للجار كانت النية نية الحاكم المستحلف دون الحالف فكأنها لا تكون عليه نية المستحلف إلا في هذا الموضع وحده هكذا ذكره في «الحاوي»، وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان، **أحدهما**: ما ذكرنا لأنه لا يعتقد ثبوت الشفعة للجار، فإذا حلف أنه لا يستحق عليه الشفعة كان صادقاً ولو حكم الحاكم عليه يلزمه طلقة فيما حكم، وإن كان يخالف اعتقاده لأن ترك ذلك يؤدي إلى إبطال الأحكام، فأما إذا لم يحكم عليه وحلفه يلزمه في الباطن على ما يعتقده دون اعتقاد الحاكم.

والثاني: أنه تقع يمينه على ما يعتقده الحاكم بكل حال لأن الحاكم [٦٧/أ] إذا حكم عليه بالشفعة بالجواز لزمه الانقياد له ولا يكون له الامتناع، فإذا استحلفه كان على ذلك، وقيل: هذا مبني على أن حكم الحاكم في المجتهد هل ينفذ ظاهراً وباطناً؟ فإن قلنا: ينفذ ظاهراً وباطناً يلزمه في الباطن على ما يعتقده، وإن قلنا: ينفذ في الظاهر دون الباطن فالحكم على ما سبق وقيل: اليمين يتعلق بظاهر اللفظ عند الحاكم ولا يقول يكون علق به الحاكم لأن الحاكم لو يرى غير ظاهرها لم يتعلق الحكم بنيته إلا أن أصحابنا عبروا بأن الحاكم إذا حلفه فالنية نية الحاكم لأن الحاكم لا يحلفه وينوي خلافه وحكم المسائل المختلفة ما ذكرنا.

فرع آخر

لو حلف حالف في غير مجلس الحاكم ونوى ما يجوز أن يراد باللفظ في مجاز اللغة تعلقت يمينه بذلك في الباطن، وأما الظاهر فإن كان في طلاق لم يقبل منه لتعلق حق غيره به، وإن كان في غير طلاق كيمين باللّه تعالى أو نذر فالقول قوله لأنه لا يتعلق به حق لطالب به، وعلى هذا لو حلف على شيء ماضٍ أنه ما فعله وقد فعله ونوىٰ في يمينه ما فعله بالصين أو على ظهر الكعبة، أو حلف على شيء مستقبل لا يفعله ونوى لا يفعله في الصين حمل على نيته ولا يحنث.

وعلى هذا لو قال: نسائي طوالق ونوى نساء قرابته لم تطلق نساؤه فيما بينه وبين اللّه تعالى، ولو قيل له: أطلقت زوجاتك فقال: نعم وأراد نعم بني فلانٍ يدين في الباطن، ولو حلف ما كاتبت فلاناً ولا كلمته وأراد بالمكاتبة عقد الكتابة وبالكلمة ما جرحته حمل على ما نوى، وكذلك لو حلف وقال: ما أخذت لا جملاً ولا بقرةً ولا ثوراً ولا عنزاً [٦٧/ب] ونوى بالجمل السحاب وبالبقرة العيال وبالثور والقطعة من الأقط الأكمة السوداء حمل على ما نوى ولم يحنث، ولو قال: ما شربت لك ماءً وأراد المني حمل على ما نوى وعلى هذا يجوز له أن يوري عن الظاهر ولا يحرم ذلك عليه إذا لم يقصد به التوصل إلى محظور، قال اللّه تعالى في قصة إبراهيم عليه السلام: ﴿قَالُوٓاْ ءَأَنتَ فَعَلۡتَ هَٰذَا بِـَٔالِهَتِنَا يَٰٓإِبۡرَٰهِيمُ ۝٦٢ قَالَ بَلۡ فَعَلَهُۥ كَبِيرُهُمۡ هَٰذَا﴾ [الأنبياء: ٦٢ - ٦٣] الآية، وقيل: إنه كان نوى إن كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم، وروي أن سويد بن حنظلة أخبر رسول اللّه ﷺ أنه حلف باللّه أن وائل بن حجر أخوه لنخلصه من العدو، فقال له النبي ﷺ: «صدقت المسلم أخو المسلم»[1] وعلى هذا لو قال: ما عرفت فلاناً ولا أعلمته ولا سألته حاجةً، وأراد ما جعلته عريفاً وبالأعلام ما شققت شفته وبالحاجة شجرة صغيرة بالبر تسمى الحاجة تعلقت يمينه دون ظاهر لفظه، وكذلك لو قال: واللّه ما في بيتي فرش ولا حصير ولا بارية ونوى بالفرش صغار الإبل، قال اللّه تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلۡأَنۡعَٰمِ حَمُولَةٗ وَفَرۡشٗا﴾ [الأنعام: ١٤٢]، وقال عز وجل: ﴿وَجَعَلۡنَا جَهَنَّمَ لِلۡكَٰفِرِينَ حَصِيرًا﴾ [الإسراء: ٨] أي: حبساً ويسمى الملك أيضاً حصيراً لأنه يحجب عن الناس والبارية المدى التي تقطع، وكذلك لو قال: جواري أحرارٌ ونوى به سُفنه لم تعتق إماؤه.

---

(١) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب المعارض في اليمين (٣٢٥٦) وابن ماجه في الكفارات، باب من ورى في يمينه (٢١١٩) وأحمد في «مسنده» (١٦٢٨٥).

فرع آخر

لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك وأحمد: يقع في النكاح المختلف فيه وهذا غلط، لأنه نكاحٌ فاسدٌ فلا يقع فيه الطلاق كالمجمع على فساده [٦٨/أ].

فرع آخر

لو قال: أنت وأشار بثلاثة أصابع ونوى الطلاق لا يقع لأن قوله أنت ليس من ألفاظ الطلاق، ولو قال: أنت الثلاث ونوى الطلاق لا يكون شيئاً أيضاً وهذا اختيار القاضي الطبري لما ذكرنا، وسمعت بعض أصحابنا يقول: يقع الطلاق ثم اختلفوا، فمنهم من قال: يقع الثلاث، وإن لم ينوِ لأنه صرح بالثلاث، والثاني يقع واحدة والأول أظهر أنه لا يقع شيء.

فرع آخر

لو قال لها: إن سرقت مني شيئاً فأنت طالق ثم دفع إليها كيساً فأخذت منه شيئاً لم يقع الطلاق لأنه خيانة وليس بسرقة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق لإرادة اللّه يقع لأن معناه لأجل إرادته، ولو قال: أنت طالق بإرادة اللّه لا يقع لأن ظاهره التعليق.

فرع آخر

لو كان له ثلاث نسوةٍ فقال: أيتكن لم تخبرني اليوم بعدد ركعات فرائض الصلوات في اليوم والليلة فهي طالق. فقالت واحدة: سبعة عشر ركعة، وقالت الأخرى: خمسة عشر ركعة، وقالت: إحدى عشر ركعةً، من أصحابنا من قال: لا تطلق واحدة منهن لأن خمسة عشر ركعة عدد صلوات الحصر يوم الجمعة وإحدى عشر عدد ركعات صلاة السفر، ومن أصحابنا من قال: تطلق من عدت خمسة عشر وإحدى عشر للعادة.

فرع آخر

لو قال لها: توزن من[1] قال أصحابنا هذا كذب محض لا يقع شيء إلا بالنية، وقال

(١) سواد في الأصل.

القاضي الإمام الحسين: عندي إن كان هذا بين يدي القاضي يكون إقراراً بالبينونة فيفرق بينهما.

فرع آخر

لو قال لامرأته: قد خرجت اليوم [٦٨/ب] من هذه الدار فقالت هي: لم أخرج فقال لها: إن كنت خرجت اليوم من هذه الدار فأنت طالق هل يقع بهذا اللفظ؟ قال القاضي الحسين: يقع لأنه أقر بخروجها من الدار أولاً ثم علق الطلاق به، ولو قال لها: إن كنت خرجت اليوم من الدار فأنت طالق ثم قال لها: قد خرجت وقالت: لم أخرج تطلق بالإقرار.

فرع آخر

لو قال لها: حالا نورمن چرامست أكذبه امرور إزخانه بيرون رفته وحلفت المرأة أني ما خرجت قال: إنه لا يقع لأنه يعلق الطلاق، ولو قال: توارزي من نسبه طلاق بشيئه ما توازخانه بيرون بوده اس يكون وحلفت بأنا ما خرجت يقع الثلاث لأن في ضمن كلامه هذا إقرار بأنها كانت خرجت، وأنا أكافيها بالطلاق الثلاث فجعل خروجها عن الدار تعليلاً للطلاق لا تعليقاً، قال: ولو قال لها: إن لم تصل في الحال فأنت طالق فقامت لتصل فحاضت يقع وعندي لا يقع هاهنا على ما سبق بيانه.

فرع آخر

لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق وكرر ذلك فإن كان في مجالس مختلفة فدخلت الدار طلقت ثلاثاً ولا يقبل قوله أنه أراد التكرار وفيه وجهٌ آخر أنه يقبل منه ذلك، وإن كان في مجلس واحدٍ، فإن قال: أردت به التكرار يقبل، وإن أطلق فقولان.

فرع آخر

لو كان عبده يعبد صنماً فقال له: إن لم أسؤكَ في معبودك فأنت حرٌ فكسر صنمه لم يحنث ذكره المزني في منثوره.

فرع آخر

لو رأى طائراً فقال: إن لم آخذ هذا الطائر فامرأتي طالق [٦٩/أ] فطار الطير ثم اصطاد طائراً وزعم أن هذا ذلك أيضاً واحتمل كل واحدٍ من الأمرين، قال والدي رحمه اللّه: يحمل أن يقع الطلاق، لأن الأصل أنه لم يأخذ ذلك الطائر وأنه لم يبر في يمينه

ويحمل أن لا يقع لأن الأصل بقاء النكاح، وهكذا لو قال: فعبدي حرٌ هل تقع الحرية على هذا الاحتمال.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في الطلاق الواقع بالقول، هل هو واقع معه أو عقيبه؟ فقال بعضهم: يقع مع القول، وقال بعضهم: يقع عقيبه وعلى هذا لو قال: أنت طالق في حال تلفظي بهذه اللفظة هل يقع الطلاق؟ على الوجه الأول يقع ولا تأثير لهذا التقييد لثبوت مقتضاه دونه وعلى الوجه الثاني: لا يقع حال اللفظ وهل يقع عقيبه؟ يحتمل وجهين: اعتباراً بقوله لامرأته: أنت طالق في الشهر الماضي وفيه خلاف.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في آخر جزء من أجزاء حياتي، قال والدي الإمام رحمه اللّه: يجب أن يقع لأن الزوجية باقية في تلك الحالة فإن قيل: أن لا يقع لأن الوقوع يكون عقيب الجزء وذلك وقت الموت فلا يجوز وقوع الطلاق فيه، ألا ترى أنه إذا قال: أنت طالق وقع الطلاق عقيب القول لا معه؟ قيل: فيما نحن فيه لا يجيء هذا لأن الوقوع باللفظ الذي هو التعليق وحالة الوقوع هو الجزء الأخير لأن الوقوع بعد ذلك الجزء وبه خالف ما ذكره من المثال لأن القول هناك وجد في الجزء الأول فجعلنا حالة الوقوع بعده وهاهنا القول سبق الجزء الأخير فلا ضرورة بنا إلى تأخير الطلاق عن الجزء الأخير وهذا واضح.

فرع آخر

لو قال لامرأته: أنت طالق اليوم أو غداً فإن اختار الثلاث وقع الثلاث، وإن اختار واحدةً [٦٩/ب] وقعت واحدة، وإن لم يختر ومات وقعت واحدة وهل يقوم وارثه مقامهُ في هذا الاختيار؟ يحتمل قولين قياساً على ما لو طلق إحدى امرأتيه، ومات قبل التعيين هل يقوم الوارث مقامهُ في التعيين؟ قولان، ولو قال الزوج: اخترت طلقتين لم يقع إلا واحدة لأنه ذكر لفظ الطلاق على وجهٍ يقتضي إثبات الخيار بين شيئين فلا يجوز إثبات خيار ثالث لمخالفة اللفظ ويحتمل أن يقال: يقع طلقتان لأنه إذا صح منه اختيار الواحدة فلأن يصح اختيار اثنتين وفيه صورته أولى.

فرع آخر

لو قال: هذه المرأة محرّمة عليّ تحريماً مؤبداً قال والدي رحمه اللّه: الأصح أنها

تحرم عليه بهذا القول لأنه يؤاخذ بموجب إقراره، ولا يقال: قد يعتقد التحريم مؤبداً خطأ، لأن الإنسان مأخوذ بموجب إقراره، وإن احتمل ما ذكرتم كما لو أقر بالبيع أو النكاح حُمل على الصحيح، وإن احتمل اعتقاده للصحة فيما هو باطل فإن قيل: لو أخبره رجلٌ بنجاسة الماء قال الشافعي: لا يقبل قوله حتى يتبين فكذلك هاهنا، قيل: لأن الأصل طهارة الماء فلا يزول بقول الغير مع الإجمال وهاهنا يزيل الإباحة بقول صاحب الحق وقول الإنسان يقبل على نفسه فإن قيل: في حق هذا المخبر لا يحكم بنجاسة الماء أيضاً لأنه لو توضأ صح قيل: لأن في الماء يقبل الرجوع لأنه لو أقر بنجاسته، ثم قال: أخطأت ولم يكن نجساً قبل قوله وهاهنا الرجوع غير مقبول.

فرع آخر

إذا قال: امرأةُ زيد طالق واسمه زيد لم يقع الطلاق على امرأته إلا أن يريدها، ولو قال: نساء الزيدين طوالق وقع الطلاق [٧٠/أ] على امرأته، والفرق أن في الأول إنما دخل تحت لفظ زوج زيد واحد لا يعينه فوجب الرجوع في بيانه إليه، وفي الثاني: الداخل تحت اللفظ نساء جميع الزيدين فلهذا وجب إدخال هذا القائل تحت هذه اللفظة.

فرع آخر

لو ناداه رجل فقال: يا زيد فقال مجيباً له: امرأة الزيد طالق وقع الطلاق، وإن أجابه بأن قال: امرأة زيد طالق لم يقع إلا أن يريد نفسه، والفرق أن في الأول أشار إلى ما تقدم ذكره ألا ترى أنه عرّف زيداً بالألف واللام فوقع الطلاق على امرأته لأجل الإيقاع أو الإقرار، وفي الثاني: لم يحصل منه ما يقتضي لونه جواباً لأن هذا الكلام الصادر منه مستقل بنفسه، ولم يوجد منه تعريفه بالألف واللام فلم يقع الطلاق لأن هذا اللفظ يقتضي زيداً واحداً فكان الرجوع إليه واحداً في عينه ويتبين هذا أنه لو قال لعبده: اضرب زيداً فلم يضربه فقال له: اضرب الزيد انصرف إلى المأمور بضربه أولاً ولا يحسن الاستفهام، ولو قال: عند إعادة القول اضرب زيداً لحسن الاستفهام فدل على الفرق.

فرع آخر

لو قالت لزوجها: طلقني فقال: هبي أني طلقتك أو قال العبد لسيده: اعتقني فقال: هب أني اعتقتك لا يعتقان لأن اعتقاده لا يوقع الحرمة ولا اعتقاده يوقع الطلاق، وأمره بذلك ليس له تأثير في الإيقاع.

فرع آخر

إذا قال لها: أنا مستبرئ رحمي منك ونوى طلاقها لا يقع الطلاق لأن معناها لا يصح فيه محال فتتجرد النية ومجرّد النية لا يوقع الطلاق، ويخالف إذا قال: أنا منك طالق لأن معنى هذا اللفظ صحيح في حق الزوج، وقيل: فيه وجه آخر أنه يقع الطلاق لأن الحق ثابت له في رحمها وصاحب الحق في الشيء يضاف إليه ذلك الشيء.

فرع آخر

إذا قال [٧٠/ب] منادياً لآخر: يا زن هسته أي اتي ذي فقال: ذلك لبيك لم يكن هذا إقراراً بالطلاق لأنه دعاه بصفة فقوله: لبيك إجابة للدعوة لا أنه اعتراف بالصفة، وهكذا إذا قال: يا زاني فقال: لبيك لم يكن هذا اعترافاً بالزنا، وكان المنادي قاذفاً يلزمه موجب القذف.

فرع آخر

لو قال لها: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق فأذن لها بالخروج ثم رجع عن الإذن ثم خرجت لم يحنث، وفيه وجه آخر يحنث لأن الإذن بطل بالرجوع، وذكر والدي الإمام أن الشافعي نص على أن الإذن لم يبطل بالرجوع والفرق بينه وبين الوكالة تبطل بالرجوع إن الخروج منها وقع مأذوناً ولم يكن وجد منه في يمينه شرط يقال: الإذن والمقام عليه فلم يعتد إلا ما تناوله شرط وخلفه فخالف الوكالة لأن الفعل وإن كان مأذوناً فيه ووقع مأذوناً فقد كان الشرط هناك من جهة الشارع المقام على ذلك الإذن والبقاء عليه إلى وقت الفعل فاعتبرناه على ما اقتضاه الشرع ولا يجب اعتقاد هذا الشرع هناك لأن الاعتبار فيه بوجود الصفة فقط.

فرع آخر

إذا من فعل الناسي لا يوجب الحنث بل تصير اليمين منحلةً بفعل الناسي لا نص فيه ويحتمل أن يقال: لا تصير منحلة والأظهر أنها منحلة ولا يمتنع أن تصير منحلة ولا يوجب حكمها كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانها فدخلت الدار ثم رجعت ودخلت ثانياً لا يقع الطلاق فالدخول في غير النكاح يوجب انحلال اليمين ولا يوجب الطلاق.

فرع آخر

إذا كان لمسلم زوجة نصرانية فقال لها: إن أسلمت وأنكرتِ فإن كان قبل الدخول

حرمت عليه ويلزمه نصف المسمى، وإن قال واحدة في زمان لا يتسع لانقضاء العدة بين قوله وانكارها فهما على النكاح، وإن كان يتسع حرمت ولها كمال المسمى فمضى أصل المسألة ووجه آخر [٧١/أ] إنهما على النكاح لإنكارها.

فرع آخر

لو قال العبد لزوجته: إن مات مولاي فأنت طالق طلقتين ثم دبره السيد ومات وخرج المدبر من ثلاثة طلقت زوجته طلقتين وله أن يراجعها كما لو قال لها: أنت طالق غداً طلقتين فاعتق قبل غد يملك الرجعة بعد وقوع الطلاق.

فرع آخر

لو قال لها: طلقي نفسك فقالت: الطلاق لي لازم فيه وجهان، أحدهما: يقع الطلاق وهو الأصح، والثاني: لا يقع إلا أن ينوي، ذكره جدي الإمام رحمه اللّه.

فرع آخر

قال جدي رحمه اللّه: لو قال ما لي طالق فإن لم ينوِ به الصدقة فلا يلزمه شيء، وإن نوى صدقة ماله فيه وجهان، أحدهما: يلزمه أن يتصدق به وهو الأصح، والثاني: لا يلزمه شيءٌ فإن قلنا بالأول فيه وجهان، أحدهما: يلزمه التصدق بجميع ماله، والثاني: أنه مخير بين أن يتصدق به أو يكفر كفارة يمين واحد.

فرع آخر

لو قال: عليَّ الطلاق الثلاث فإن نوى كان طلاقاً وإلا فلا شيء، وقال المزني في منثوره: هكذا أو قال: لا نص فيه للشافعي، ثم قال: وكثير من الناس لا يعرفون هذا إلا طلاقاً.

فرع آخر

لو قيل له: أطلقت امرأتك فكتب نعم ولا يتلفظ به هل يقع الطلاق؟ وجهان، ذكره جدي رحمه اللّه، وقال أيضاً: لو كتب الأخرس ولم يشر وجهان.

فرع آخر

لو قال لها: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك فتزوج فيه قولان، ذكرهما في الإملاء

أحدهما: لا يكون أمرها بيدها، والثاني: يكون أمرها بيدها إذا قبلت في المجلس ذكره جدي رحمه الله.

فرع آخر

لو قال لها: عظم الله أجرك فيك أو عظم الله أجرك أو أبعدك الله ونوى طلاقاً يقع الطلاق، ولو قال: راجعتك أو أحسن الله جزاك ونوى الطلاق فيه وجهان.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق أربعة أنصاف تطليقة فيه وجهان، أحدهما: يقع طلقتان، والثاني: يقع طلقة واحدة.

فرع آخر

قال في «الإملاء»: [٧١/ب] لو قيل لرجل أطلقت: امرأتك فقال قد كان بعض ذلك يرجع إليه فإن قال أردت أي: علقت طلاقها بصفة قبل منه لأن هذا بعض الطلاق وإن قال: أردت إني كنت طلقتها طلاقاً منجّزاً قبل منه أيضاً، وإن قال: لم أكن طلقتها قبل منه أيضاً لأن قوله قد كان بعض ذلك ليس بإخبار عن الطلاق فلم يلزمه طلاق بذلك.

فرع آخر

قال في «الإملاء»: لو قال: كل امرأةٍ لي طالق وكان ناسياً أن له زوجة يلزمه الطلاق لأن الزوجية موجودة والقصد إلى الطلاق موجود، وقيل: لا يقع الطلاق في الباطن في أحد الوجهين، وقيل: لو لم يعلم أصلاً لا يقع ولو علم ثم نسي يقع.

كتاب الرجعة

قال: قال اللّه تعالى في المطلقات: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١][(١)].

الفصل

الأصل في ثبوت الرجعة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، والإمساك الرجعة والتسريح أن يدعها ولا يراجعها حتى تسرح بانقضاء العدة. وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] يعني برجعتهن، وقوله تعالى: ﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨]، قال الشافعي رحمه اللّه تعالى: عليه إصلاح الطلاق بالرجعة وقيل: أراد إن أراد البعل إصلاح ما تشعث من النكاح بالطلاق، وقال عطاء ابن أبي رباح في هذه الآية: أراد الصلاح في الدين والتقوى، ولا تصح الرجعة إلا لمن أراد بها إصلاح دينه وتقوى ربه وهذا مذهب تفرد به.

وأما السنة فما روي في خبر ابن عمر رضي اللّه عنهما أن النبي ﷺ [٧٢/أ] قال لعمر رضي اللّه عنه: مر ابنك فليراجعها[(٢)] حين طلق امرأته وهي حائض، وروي أن النبي ﷺ قال: «أتاني جبريل ﷺ فقال لي: راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة»[(٣)]. وروى الهيثم بن عدي أن النبي ﷺ قال لسودة: «اعتدي فجعلها تطليقة فجلست في طريقه فقالت: إني أسألك باللّه لما راجعتني واجعل نصيبي منك لك فأجعله لأي أزواجك شئت إنما أريد أن احشر مع أزواجك يوم القيامة فراجعها».

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٣٠١).

(٢) أخرجه البخاري في تفسير القرآن، باب وقال مجاهد إن ارتبتم (٤٩٠٨)، ومسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها (١٤٧١)، والنسائي في الطلاق، باب وقت الطلاق للعدة التي أمر الله عز وجل أن تطلق (٣٣٨٩).

(٣) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٤/١٦).

وأما الإجماع: فلا خلاف بين المسلمين في ثبوتها، فإذا تقرر هذا ذكر الشافعي رحمة الله تعالى عليه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ﴾ [البقرة: ٢٣٢] الآية، ثم قال: فدل سياق الكلامين على افتراق البلوغين، ومعناه أن المراد بلوغ الأجل في الآية الأولى معاونة البلوغ لأنه إذا بلغ أجلها وانقضت عدتها فلا سبيل للزوج إلى إمساكها بالرجعة، وفي الآية الثانية: أراد به حقيقة البلوغ لأنه خاطب الأولياء بترك العضل إذا أردن النكاح وهذا يكون بعد انقضاء العدة، فأما قبل ذلك فلا يحل للأزواج، والعرب تقول: بلغت المدينة يعني قاربت بلوغها وبمعنى حقيقة البلوغ أيضاً، فإن قال قائل: فإذا كان له أن يراجعها بعد الطلاق قبل انقضاء العدة أي: وقت شاء فكيف خص الأمر بالرجعة والقرب من انقضاء العدة؟ قلنا: فائدته أنه هو الوقت الذي إذا راجعها فيه ثم طلقها بعد الرجعة طالت العدة عليها فخص هذا المكان بالذكر لأنه [٧٢/ب]

هو الوقت الذي يضر بها متى راجعها ثم طلقها بعدها لتطول عدتها فإنها تستأنف العدة بعد أن أشرفت على الانقضاء ألا تراه قال: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [البقرة: ٢٣١].

مسألة: قال: وللعبدِ منَ الرجعةِ بعدَ الواحدةِ ما للحرِ بعدَ الاثنتين.

الفصل

إذا تزوج الحر بامرأة فقد ملك عليها ثلاث طلقات إن شاء أوقعهن متفرقات أو مجتمعات فإذا أوقع الطلاق على مدخول بها فإنه يملك الرجعة بعد الواحدة والاثنتين مادامت في العدة، فإذا انقضت العدة أو استوفى العدد انقطعت الرجعة، وإذا تزوج العبد بامرأةٍ فله الرجعة بعد الطلقة الواحدة فقط، لأنه لا يملك أكثر من التطليقتين بحال ولا يفترق الحكم فيهما بين أن تكون المرأة حرةً أو أمةً لأن الاعتبار في الطلاق بالرجال دون النساء عندنا وبه قال ابن عمر وابن عباس وزيد ابن ثابت وعطاء ومالك وأحمد وإسحاق رضي الله عنهم.

وقال أبو حنيفة: الاعتبار بالنساء فيطلق ثلاث تطليقات وتثبت الرجعة بعد الواحدة والاثنتين وإن كان الزوج عبداً والأمة تطلق طلقتين وتثبت الرجعة فيها بعد الواحدة فقط، وإن كان الزوج حراً وبه قال الثوري، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه، واحتجوا بما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»[1]

(١) أخرجه الترمذي في الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان (١١٨٢) وأبو داود في الطلاق، باب في سنة طلاق العبد (٢١٨٩).

وهذا غلط لما روى ابن عباس رضي اللّه عنهما أن النبي ﷺ قال: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء»[١] وقيل: لا يصح هذا مرفوعاً وإنما هو مرفوع على ابن عباس وزيد بن ثابت رضي اللّه عنهما، وروى أيضاً مثله عن علي رضي اللّه عنه [٧٣/أ] وروي أيضاً أن نفيع كان مملوكاً وعنده حرةٌ فطلقها بطلقتين، ثم سأل عثمان وزيد بن ثابت رضي اللّه عنهما فقالا: طلاقك طلاق عبدٍ وعدتها عدة حرةٍ[٢].

وقال عمر رضي اللّه عنه: ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين[٣] ولأنه حق خالص للزوج يختلف بالرق والحرية فيعتبر برق وحريته بعدد المنكوحات، وأما الخبر الذي ذكروا قلنا: رواه طاهراً بن أمل قال أبو داود وهو منكر الحديث، ثم أراد إذا كان زوجها عبداً، وأما خص الأمة لأن الغالب أن زوجها لا يكون إلا عبداً فإن قال قائل: ما فوائد قول الشافعي وللعبد من الرجعة بعد الواحدة ما للحر بعد الاثنين وهلا قال ما للحر بعد الواحدة لأن الحر والعبد سواء بعد الواحدة في استحقاق الرجعة والحر بعد الاثنين كالحر بعد الواحدة، قلنا: فائدته أن الحر بعد الاثنتين ما بقي له إلا طلقة واحدةً، فإذا أوقعها فلا رجعة له، وإن كان ثلاث ما يملكه الأحرار من الطلاق، ولو قال للعبد بعد الواحدة ما للحر بعد الواحدة لا وهم بظاهر لفظه أن العبد والحر سواءٌ في العدد.

مسألة: قال: والقولُ فيما يمكنُ فيهِ انقضاءَ العدة قولها.

إذا طلقها رجعياً فادعت انقضاء عدتها لا يخلو إما: أن تكون من ذوات الإقراء أو الحمل أو الشهر، فإن كانت من ذوات الإقراء وهي التي تطهر وتحيض فذكرت أنها اعتدت ثلاثة أقراء لا يخلو، إما أن يمكن ما تقول أو لا يمكن، فإن كان ممكناً فالقول قولها، وأقل ما يمكن أن تنقضي عدتها إن كان الطلاق في حال الطهر في اثنتين وثلاثين يوماً [٧٣/ب] ولحظتين وهو أن يقع الطلاق بها وقد بقي من الطهر لحضة ثم ترى الدم فهذا قرء لأنه انتقال من طهر إلى حيض ثم لحيض أقل الحيض يوماً وليلة ثم تطهر أقل الطهر خمسة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلةً ثم تطهر خمسة عشر يوماً تصير اثنين وثلاثين يوماً ولحظة ثم تحيض فتلك اللحظة التي من الطهر والحيض هي اللحظة الثانية وليست هذه اللحظة في الحقيقة من العدة وتكن اثنتين به الطهر الذي هو القرء الثالث فالقرء الأول لحظة، والقرء الثاني خمسة

(١) ذكره الزيلعي في «**نصب الراية**» (٣/ ٢٢٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «**الكبرى**» (٧/ ٣٦٩).

(٣) أخرجه البيهقي في «**الكبرى**» (٧/ ٣٦٨)، والشافعي في «**مسنده**» (١/ ٢٩٨).

عشر يوماً والقرء الثالث خمسة عشر يوماً وحصل بينهما حيضان يومان وليلتان، وقال القفال: إذا قلنا: في أحد الوجهين إن الانتقال من الطهر إلى الحيض بحسب قرء أن لا يحتاج إلى اللحظة الأولى ويحمل على أنها طلقت في آخر جزءٍ من أجزاء طهرها فحاضت عقيبه فيكفيها ذلك، وإذا قلنا: لا يحسب ذلك قرءاً فصادف طلاقها آخر أجزاء الطهر لا تنقضي عدتها إلا بثمانية وأربعين يوماً وساعة.

وإذا كانت أمةً فأقل ما يمكن أن يحصل لها قرآن ستة عشر يوماً ولحظتان على ما ذكرنا، وإن أقرت أن الطلاق وقع عليها في حال حيضها فأقل ما تنقضي عدتها فيه سبعة وأربعون يوماً ولحظة واحدة وهي أن يقع الطلاق في آخر جزءٍ من أجزاء حيضها فتدخل في الطهر عقيبه يكون أقل الطهر خمس عشر ثم تحيض أقل الحيض يوماً وليلةً ثم تطهر خمسة عشر يوماً يصير سبعة وأربعين يوماً ثلاثة أطهار وخمسة وأربعين يوماً وحيضان في يومين، فإذا رأت من الحيضة الثالثة لحظة حكما بانتقضاء عدتها [٧٤/أ] وليست هذه اللحظة من العدة على ما بينا، وإن كانت أمةً فأقل ما ينقضي عدتها فيه أحد وثلاثون يوماً ولحظة على التقدير الذي ذكرنا.

فإذا تقرر هذا ينظر فإن صدقها زوجها فلا كلام، وإن كذبها فالقول قولها، فإن حلفت برئت، وإن نكلت عن اليمين حلفت وحكمنا بأن العدة ما انقضت فإن كانت رجعية فله الرجعة وهذا لأنها، وإن كانت أمينة في العدة لا بد من اليمين عند دعوى الجناية كالمدع إذا ادعى تلف الوديعة وأنكره المودع لا بد من اليمين، ولو ذكرت ما لا يمكن وهو أنها ادعت انقضاء عدتها في أقل من هذه العدة بالأقراء لم يقبل قولها لأن العادة تشهد بكذبها فيما تدعيه، فإن انصرفت ثم عادت فأقرت بانقضاء عدتها فيما يمكن من وقت الطلاق يقبل منها مع اليمين والأصل في قبول قولها قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فلولا أن يقبل لم تحرج بكتمانه وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فإذا أداها يجب قبولها.

وقال القفال: هذا إذا لم يعرف عادتها أو عرفنا أن عادتها أقل الطهر وأقل الحيض، فإن عرفنا لها عادةً في الطهر والحيض أكثر من ذلك فيه وجهان، أحدهما: لا يقبل قولها في أقل من ذلك لأن الظاهر بخلاف ما قالت، قال الشيخ أبو محمد الجويني: هذا هو المذهب وهو قول علي بن أبي طالب وهو الصحيح عندي، وروي أن امرأةً رفعت إلى شريح القاضي كان زوجها طلقها وقالت: حضتُ ثلاث حيض في خمس وثلاثين يوماً فلم يدر ما يقول فيها فرفع إلى علي رضي الله عنه [٧٤/ب] فقال: اسألوا جارتها أو جارها فإن كان حيضها كذا

انقضت عدتها[١]، والثاني: يقبل لأن ما قالته ممكن والحيض والطهر يتغيران إلى زيادةٍ ونقصان وعليه أصحابنا بالعراق، وقال أبو حنيفة رحمه اللّه: إن طلقها في الطهر فأقل ما يمضي عدتها فيه ستون يوماً وساعة فيأخذ أقل الطهر وأكثر الحيض ويقدر الطلاق في آخرأجزاء الطهر فيحسب الحيض عشرة والطهر خمسة عشر والحيض عشرةً والطهر خمسة عشر، والحيض عشرة وذلك ستون يوماً ويحتاج إلى ساعةٍ يعرف فيه الطهر، وإن كان الطلاق في حال الحيض يزد فيه طهراً وهو خمسة عشر على تقدير أن الطلاق كان في آخر الحيض فيكون خمسة وسبعين يوماً وساعةً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتبر أقل الحيض وأقل الطهر كما تقول غير أنه يجعل الإقراء الحيض، وأقل الحيض عنده ثلاثة أيام فأحسب على ذلك فيعتبر تسعة وأربعين يوماً، وقال زفر: أقل ما يقبل قولها في العدة أربعة وسبعون يوماً لأنه اعتبر في أوله طهراً كاملاً، وإن كانت من ذوات الحمل فذكرت أنها وضعت ما تنقضي به العدة، فإن كان ممكناً فالقول قولها وأقل ما يمكن ذلك أن يكون بعد عقد النكاح وإمكان الوطئ ثمانون يوماً لأن الإنسان يكون في بطن أمه أربعين يوماً نطفةً ثم أربعين علقةً، فإذا انقضت الثمانون فصور وتخلق فصار مضغةً مخلقةً يتبين فيه العين والأنف، فإذا قالت هذا في هذه المدة فالقول قولها، فإن صدقها فلا كلام، وإن كذبها فالقول قولها مع يمينها حرةً كانت أو أمةً لأن الاسقاط [٧٥/أ] أمرٌ يخفى وربما يخرج في موضع لا يحضرها شاهد وهذا هو الغالب فيقبل قولها فيه لهذا المعنى ولا يختلف فيه أصحابنا وإنما يقبل قولها فيما يتعلق بانقضاء عدتها فيه فقط، وأما في سائر الأحكام من مصيرها أم ولدٍ له أو وقوع طلاق لو كان الزوج علق الطلاق ونحو ذلك لا يقبل قولها فيه لأنها حق على غيرها.

وقال القفال: إذا قلنا: التخطيط التام شرطٌ في الولد ولا تنقضي العدة إلا بالمضغة بل يحتاج إلى مضي أربعة أشهرٍ من يوم النكاح فإنه يكون أربعين أخرى مضغة ثم ينفخ فيه الروح والأول أصح، وهذا إذا ادعت سقطاً فإن قالت: ولدت ولداً حياً فلا بد من أن يكون من يوم النكاح ستة أشهر، وقال أبو إسحاق في هذا: لا يقبل قولها لأنه يمكنها إقامة البينة على ولادتها الولد بخلاف السقط والحيض، وعامة أصحابنا على أنه يقبل قولها فيه وهو الأصح، فإن ذكرت هذا فيما لا يمكن فلم يقبل فرجعت ثم أقرت بعد ذلك فيما يمكن يقبل قولها لأن كما قلنا: في الإقراء فلا اعتبار بكذبها السابق، وإن لم تكذب نفسها فيما قالت وأصوب هل يقبل قولها فيما يمكن؟ وجهان: وإن كانت من ذوات الشهود فإذا ذكرت

(١) أخرج نحوه الدارمي في الطهارة، باب في أقل الطهر (٨٥٥).

انقضاء عدتها لم يرجع إليها ولا إليه بل ينظر إلى وقت الفرقة فإن انقضى زمان العدة فقد انقضت العدة، وإن اختلفا فقالت: طلقتني في أول رمضان، وقال: في أول شوالٍ فالقول قوله لأن الأصل بقاءُ النكاح، وإن كان بالضد من هذا فقالت: في أول شوال وقال: بل في أول رمضان [٧٥/ب] قبلنا قولها على نفسها في تطويل عدتها لأنها تدعي ما يضرها وإن وقع الطلاق عليها في حالة النفاس فحكمه عندنا كما لو وقع في خلال الحيض ووافقنا في هذا أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: لا يقبل قولها في أقل من مائة يوم لأن عنده إذا عاودها الدم في مدة الأربعين يكون دم نفاس فلا يتصور الحيض فيها ويتصور الطهر فيحتمل أنها قد رأت طهراً في مدة الأربعين فيحتاج بعدها إلى ثلاث حيض وطهرين.

مسألة: قال: وهي محرمةٌ عليهِ تحريمَ المبتوتةِ.

إذا طلقها طلقةً أو طلقتين بعد الدخول حرمت عليه تحريم المبتوتةِ فلا يحل له وطئها ولا النظر إليها بشهوة ولا بغير شهوةٍ وبه قال مالك وقال عطاء ابن أبي رباح وعمرو بن دينار: لا يحل له منها شيء أراد أن يحلفها أو لم يرد، وروي عن ابن عمر أنه طلق امرأته وكان طريقه إلى المسجد في مسكنها فكان يسلك الطريق الأخرى كراهية أن يستأذن عليها حتى يراجعها[1] وقيل: كان له منها ابن وكان يرى حقاً أن لا يدخل على ابنه حتى لا يخلو بها، وقال أبو حنيفة، الرجعية مناخةُ الوطئ ووافقنا في تحريم الخلوة ولكنه أول الدليل على تحريم الوطئ ويفصلون في الخلوة بين أن يريد مراجعتها ولا يريد ذلك، ولا يفصلون في الوطئ لأنه يحصل به الرجعة دون الخلوة، وعن أحمد في تحريم الوطئ روايتان والدليل على تحريم وطئها أنها صار به إلى بينونة فكانت محرمة الوطئ كما لو أسلمت والزوج كافرٌ.

مسألة: [٧٦/أ] قال: ولمّا لمْ يكنْ نكاحٌ ولا طلاقٌ إلا بكلامٍ فلا تكونُ الرجعةُ إلا بكلامٍ[2].

عندنا لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة كالنكاح سواءً، فأما الأخرس يراجع بالإشارة كما يعقد النكاح، فأما الفعل من الوطئ ومثله ولمس لا تصح الرجعة بحال وبه قال أبو قلابة من التابعين وأبو ثور وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد: تصح الرجعة بالوطئ وزاد أبو حنيفة فقال: ويحصل أيضاً بالقبلة واللمس

---

(١) أخرجه مالك في «**الموطأ**»، كتاب الطلاق، باب ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه (١٢٣٢).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣١٠).

بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة، فإن لم يكن بشهوة فلا يحصل الرجعة، وقال مالك: إن نوى الرجعة بالوطئ كانت رجعةً وإلا فلا، وهذا غلط لأنه فعل ممن يصح منه القول فلا تقع به الرجعة كالقبلة بغير شهوة وأيضاً ما احتج به الشافعي رضي الله عنه وهو أنه لما لم يصح النكاح والطلاق إلا بالكلام فكذلك الرجعة، وحرره أصحابنا فقالوا: ما يقطع به الزوج عدتها ويردها إلى صلب النكاح فكذلك بالكلام كالنكاح الجديد.

فإذا تقرر هذا فالقول الذي تصح به الرجعة هو أن يقول: راجعتها أو ارتجعتها أو رددتها إليَّ وهذه الألفاظ صريحة في الرجعة، وزاد القفال لفظة رابعةً فقال: وهو أن يقول: رجعت قال: وهل يحتاج إلى أن يقول رددتها إليَّ؟ وجهان: أصحهما: أنه شرط لنص الشافعي إليَّ، والثاني: يكفي أن يقول: رددتها وهو الأقيس وقيل: الصريح لفظتان راجعتك وارتجعتك وهما واحد والثانية: رددتك أو ارددتك وذكر الربيع قولاً مخرجاً في رددتك أنه لا يكون صريحاً لأن الشافعي [٧٦/ب] لم يذكره في القديم والإملاء وقد أنكره أصحابنا والدليل على أنه صريح إن الشرع ورد بما ذكرنا، قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال النبي ﷺ في حديث ابن عمر: «مُره فليراجعها»[١]، قال أصحابنا والأولى أن يقول: راجعتك من الطلاق أو النكاح أو رددتك إليَّ زوجتي فإن لم يقل ذلك جاز.

فرع

لو قال: أمسكتك فالذي نص عليه في كتبه أنه لا يكون صريحاً وفيه قول آخر: أنه صريح في الرجعة لأن الشرع ورد به قال الله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقال أبو حامد: فيه وجهان قال الأصطخري: يكون صريحاً، وقال غيره: لا يكون صريحاً لأنه استباحة بضع مقصود في عينه فيقف على كلمتين كالنكاح، والأول أصح وبه قال ابن أبي أحمد وهو الأقيس عندي وإذا قلنا: لا يكون صريحاً لا شك أنه كناية، فإذا نوى الرجعة يصير مراجعاً لأنه اسم يصلح للاستبقاء على النكاح قال الله تعالى: ﴿أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾ [الأحزاب: ٣٧]، هكذا ذكر أصحابنا، وقيل: لا تصح الرجعة بالكناية كالنكاح والأصح الأول عندي إذا قلنا: لا يعتبر فيه الإشهاد بخلاف النكاح فيعتبر فيه الشهود ولا يطلعون عليه وقيل: أمسكتك لا يكون صريحاً ولا كناية.

---

(١) تقدم تخريجه.

فرع آخر

لو قال: نكحتك أو تزوجتك فيه وجهان، أحدهما: يكون رجعة وهو اختيار بعض أصحابنا بخراسان، والثاني: لا يكون رجعةً وهو ظاهر المذهب لأنه لفظ يعقد به ما يقتضي عوضاً فلا يعقد به ما لا يقتضي به عوضاً كالهبة بلفظ النكاح وقيل فيه أوجه، أحدها: لا تصح به الرجعة أصلاً، والثاني: صريح فيها، والثالث: كناية فيها. [٧٧/أ]

فرع آخر

لو عقد عليها نكاحاً جديداً قال الماسرجسي وجماعة: يحل له لأن العقد آكد في الإباحة، ألا ترى أن الشفيع لو اشترى الشقص بيت بشفعته لأن الشراء آكد في الطلب من الأخذ بغير عقد ومن أصحابنا من قال: لا تصح به الرجعة وهو اختيار ابن أبي أحمد لأن الشرع لم يرد به.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو قال لها وهي في العدة من طلاقٍ: إذا كان غدا فقد راجعتك، أو إذا كان يوم كذا فقد راجعتك، أو إذا قدم فلان فقد راجعتك، أو إذا فعلت كذا فقد راجعتك وكان كل ما قال: لم يكن رجعةً، فإن قال قائل: لم لا تكون رجعة كما إذا قال: إذا كان غداً فأنت طالقٌ كان طلاقاً قيل: لأن الرجعة ليست من جنس الطلاق وإنما هي من جنس النكاح لأنها تحل له بالمراجعة كما تحل له بالنكاح في ابتداء الأمر.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو قال قد جعلت مراجعة امرأتي في يدك يا فلان لم يجز، ولو قال: قد وكلتك أن تزوجني فلانة جاز فالمراجعة في حال أصعب من النكاح وهذا يدل على أن التوكيل في الرجعة لا يجوز عنده.

فرع آخر

قال: لو قال لها: إن شئت فقد راجعتك فقالت: قد شئت لم تكن رجعةً حتى يحدث بها رجعةً بخلاف ما لو قال: إن شئت فأنت طالق وهذا لأنه عقد فلا يتعلق بالصفات.

فرع آخر

لو قال لها في العدة: قد راجعتك أمس أو يوم كذا يوم ماضٍ بعد الطلاق كانت رجعية يريد به أن الرجعة يحكم بها لإقراره بها، ولو قال: رفعت الحرمة بيننا، قال الشيخ

سنحي: يكون رجعة ولا يحصر لفظ الرجعة وهذا لا يصح لأنه تختص باللفظ الشرعي تعبداً وهو قول عامة أصحابنا. [٧٧/ب]

فرع آخر

قال: لو قال: كلما طلقتك فقد راجعتك فمتى طلقها لا تكون مراجعة لما ذكرنا.

فرع آخر

قال: لو قال لها: راجعتك بالمحبة أو راجعتك بالأذى أو راجعتك بالكراهة أو راجعتك بالهوان سئل فإن أراد الرجعة وقال: راجعتك بالمحبة مني لك أو راجعتك بالأذى في طلاقك كان رجعة، وإن قال: أردت قد رجعتُ إلى محبتك بعد بغضك أو إلى أذاك كما كنت أو ما أشبه ذلك لم يكن رجعةً، قال أصحابنا: وإن قيل: أن يبين كانت رجعة لأن قوله راجعتك صريح فيها وقوله بالمحبة علة للمراجعة في الظاهر وهو قوله أنت طالق لرضاء زيدٍ ولم يبين، يحمل على التعليل ووقع الطلاق في الحال.

فرع آخر

لو قال: قد اخترت رجعتك أو قد شئت رجعتك، فإن أراد به قد اختار أن يراجعها من بعد لم تكن رجعة، وإن أراد الرجعة في الحال وأنه قد اختار بذلك عقدها فيه وجهان، أحدهما: يصح لأن اختيار الرجعة أوكد في صحتها، والثاني: لا يصح لأنه لما صار محتملاً يسئل عنه خرج عن حكم الصريح إلى الكناية والرجعة لا تصح بالكناية.

فرع آخر

لو لم يذكر اسمها وكانت غائبة وقال: راجعتها صحت الرجعة إذا قلنا: لا يجب الاشهاد وإذا قلنا: لا بد من الإشهاد لا تصح الرجع.

مسألة: قال: فإنْ جامعها نوىٰ الرجعةَ أو لا ينو بهَا فَهوْ جماعٌ شبهةٍ.

الفصل

قد بينا أن الرجعة محرمة الوطئ وأنه إذا وطئها لا تحصل به الرجعة، فلو وطئ فالكلام فيه في أربعة أشياء، في الحد والتعزير والمهر والعدة، فأما الحد: لا يجب على واحدٍ منهما عالمين كانا بالتحريم [٧٨/أ] أو جاهلين به معتقدين إباحته أو تحريمه لأنه وطئ مختلف في إباحته فأشبه الوطئ في نكاح الشغار والمتعة، وأما التعزير: فإن كانا يعتقدان

تحريمه عالمين به عزرا، وإن كانا يعتقدان إباحته أو جهلا الإباحة عزرا، وإن كان أحدهما عالماً بالتحريم والآخر جاهلاً عزر العالم والجاهل، وأما المهر: فلا يخلو إما أن يراجعها أو لا يراجعها فإن لم يراجعها في العدة يلزمه المهر قولاً واحداً، وإن راجعها قال الشافعي رحمة اللّه عليه: هاهنا لها صداق مثلها وأطلق من غير تفصيل فظاهره أنه لا يسقط ذلك بالرجعة، وقال في المرأة إذا ارتدت فوطئها زوجها ثم رجعت إلى الإسلام في العدة لا مهر لها فقيل: فيهما قولان، وقيل: هما على ظاهرهما وقد بينا هذا في كتاب النكاح.

فإن قيل: إيجاب المهر هاهنا يؤدي إلى إيجاب مهرين في نكاح واحدٍ قلنا: هذا المهر الثاني وجب بوطئ الشبهة دون العقد كما إذا أبانها ثم وطئها بشبهةٍ يجب المهر، فإن قيل: الرجعية عندكم بمنزلة الزوجية في صحة الظهار والإيلاء ولحوق الطلاق فلم يلزم المهر وطئها قلنا: لأن حكمها حكم الأجنبيات في تحريم الوطئ وهذا يحتاج إلى المراجعة، وإذا راجعها ملك وطئها من حين الرجعة فأوجبنا المهر لها لهذا، فإن قيل: أليس المحرمة والمظاهر عنها يحرم وطئها ولا يجب المهر وطئها؟ قيل: التحريم هاهنا بالطلاق المزيل للملك في موضوعه، فإذا لم يزل أصل الملك هاهنا وحرم الوطئ بشبهة كان ذلك لزوال الملك عن الوطئ بخلاف الإحرام والظهار.

فإن قيل: إذا زال ملكه عن الوطئ ينبغي أن يزول النكاح لأن النكاح لا يصح على ما لا يملك وطئها قيل: هذا في الابتداء دون [٧٨/ب] الاستدامة ولهذا لا يزول النكاح ينظر بأن الردة والعدة، وإن كان لا تصح عند مقارنة الردة والعدة وقيل: هل يزول الملك بالطلاق الرجعي؟ أقوال الثالث موقوف، فإن لم يراجع بينا زوال الملك بالطلاق وهذا يزول واعتذر عن الميراث فأنه يثبت بعد زوال الزوجية فيكفي لثبوته أن يكون في قهره، وقال: لو قال: زوجاتي طوالق لا يقع على الرجعية في وجهٍ وهذا كله خلاف النص، وأما العدة: فإن كان قد مضى لهذا قرءان ثم وطئها وجب بهذا الوطئ ثلاثة أقراءٍ أولها: هذا القرء الثالث فتعتد بخمسة أقراءٍ قرءآن قبل الوطئ والقرء الثالث تعتد عن الوطئ والطلاق معاً، وإنما تداخلا لأنهما لرجل واحد فإذا مضى هذا الثالث بقي قرءان من عدة الوطئ، فأما الرجعة فله أن يراجعها ما لم تنقض عدة الطلاق وهو إلى انقضاء القرء والثالث فإذا انقضى القرء الثالث سقطت الرجعة لأنها تبين بانقضاء الثالث ويبقى بعد الثالث قرءان عن الوطئ لا يجوز أن يراجعها فيهما لأنها معتدة فلا ينكحها غير زوجها في العدة، ولو حبلت من هذا الوطئ تكون عدة الوطئ بالشبهة بالحمل، وهل يدخل عدة الطلاق فيها. قال القفال: فيه وجهان، أحدهما: تدخل فإذا وضعت الحمل انقضت العدتان ويصح رجعته فيها، والثاني: لا تدخل ولكن تعدم العدة بالحمل ثم إذا وضعت تتم باقي عدة الطلاق، وهل يصح رجعته في العدة

بالحمل؟ وجهان، أحدهما: له ذلك لأن له عليها عدة الطلاق وهو الأصح، والثاني: لا رجعة له فيها لأنها عدة الوطئ [٧٩/أ] بالشبهة وتصح رجعته في القرء الثالث بعد وضع الحمل.

مسألة: قال: ولو أشهدَ على رجعتِهَا ولا يعلمُ بذلكَ وانقضتْ عدتُهَا[١].

الفصل

إذا طلقها طلقة رجعية كان له أن يراجعها سواء كانت حاضرةً أو غائبة عالمةً أو جاهلةً بها راضيةً أو غير راضية بها، فإن كانت غائبة فراجعها صحت الرجعة، فإن لم تعلم قضت العدة على ما عرفته من الطلاق ثم تزوجت بعد العدة بغير الأول ثم جاء الأول وادعى أنه كان قد راجعها، وأن الثاني تزوج بها بعد الرجعة لا يخلو، إما أن يكون معه بينة أو لا بينة معه، فإن كان معه بينة بما يدعيه صحت الرجعة وحكمنا ببطلان النكاح ورددنا إلى الأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل كما لو أنكحها وليان فالأول أحق وأورد الشافعي على هذا الخبر وهو قوله ﷺ: «إذا أنكح الوليان فالأول أحق»[٢] وقصد به الرد على مالكٍ فإنه قال: إذا دخل بها الثاني هاهنا فالنكاح له كما قال في الوليين: إذا أنكحاها من رجلين ودخل الثاني بها فالنكاح له، وروي هذا عن عمر رضي الله عنه.

وإن لم يكن دخل بها فعن مالكٍ روايتان أحدهما: الثاني أحق والثانية الأول أحق، لأن الرجعة قد صحت فإذا تزوجت وهي زوجة الأول لم يصح نكاحها بحال كما لو لم يطلقها، وأما أثر عمر رضي الله عنه مقابل بما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن امرأة نكحت بعد انقضاء عدتها فأقام الزوج الأول بينةً أنه راجعها في العدة فقال هي امرأة الأول دخل بها الآخر أو لم يدخل[٣] فإذا ثبت هذا فإن كان الثاني ما دخل بها حلت للأول في الحال ولا شيء على الثاني، وإن كان قد دخل بها [٧٩/ب] فهي حرام على الأول حتى تنقضي عدتها من الثاني لأنها ليست منه كما لو وطئت بشبهة وهي تحته وجبت عليه العدة وحرمت عليه في زمان العدة حتى تنقضي.

قال أصحابنا: ويحرم عليه قبلتها ولمسها بشهوة أيضاً ويلزم لها مهر مثلها، وإن لم يكن معه بينة فالخصومة مع اثنين مع الزوج الثاني ومعها أيضاً فالأولى أن يبتدي بخصومة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣١٥).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٩٦٢٨) بلفظ: «إذا أنكح الوليان فهي للأول منهما».

(٣) أخرجه الشافعي في «مسنده» (١/ ٢٩٣).

الثاني ثم بخصومتها، فإذا بدأ الخصومة للثاني فادعى عليه أنه راجعها وأنه نكحها بعد المراجعة لم يخل الثاني من أحد أمرين، إما أن يقر أو ينكر، فإن أقرَّ: زال النكاح في حقه كما لو اعترف أنها اخته من الرضاعة ومن اعترف بانفساخ النكاح في حقه لم يسقط المسمى من المهر فإن كان قبل الدخول فلها نصف المسمى وإن كان بعده فلها كمال المسمى، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه على العلم لأن الظاهر معه والأول يدعي إحداث رجعة لا يعلم بها الثاني، فإن حلف سقط دعوى الأول، وإن نكل حلف الأول فإن حلف فسخنا النكاح الثاني ثم نظر في المرأة فإن كانت مصدقة للزوج الأول سلمت إليه وكان لها على الثاني مهر المثل إن كان قد دخل بها كما ذكرنا إذا قامت البينة، وإن كانت منكرةً لم يقبل قول الزوج الثاني عليها ولزمه مهرها المسمى إن كان قد دخل بها أو نصف المسمى إن لم يكن دخل بها، وإن نكل الثاني عن اليمين وحلف الأول هل تحل يمين المدعي مع نكول المدعى عليه بحل البينة على المدعى عليه أو يحل إقرار المدعى عليه؟ قولان: فإذا قلنا: أنها كالبينة فإنما هي كالبينة في حق الثاني وحده لأنه هو الذي نكل دونها فلا يؤثر في مهرها، وإن قلنا: إنها كالإقرار فالثاني كأنه أقر بانفساخ النكاح فيقبل قوله على نفسه [٨٠/أ] ولا يقبل قوله في المهر عليها وهذا كله خصومة مع الزوج الثاني فبعد ذلك بينه وبينها وكانت كالمطلقة التي لم تتزوج بعد، وقال ابن الجويني الإمام: المذهب أنه لا يدعي على الزوج الثاني لأنه لا يد له عليها وهو خلاف النص، فإذا ادعى عليها الرجعة لا يخلو، إما أن تقر أو تنكر فإن أقرت فهي زوجته، وإن أنكرت فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل أنه لا رجعة ثم لا يخلو، إما أن تحلف أو تنكل، فإن حلفت سقطت دعوى الأول، وإن نكلت حلف الأول وكانت زوجته فإن كان الثاني ما دخل بها حلت في الحال له وإن كان قد دخل بها لم تحل له حتى تنقضي العدة من الثاني وهكذا إذا صدقه الزوج الثاني لما قدمه إلى الحاكم وادعى عليه هذا إذا بدأ بخصومته.

فأما إن بدأ بخصومتها وادعى عليها الرجعة لا يخلو إما أن تقر أو تنكر فإن أقرت لم يقبل قولها على الثاني ولا يفسخ نكاحه لأنه قد تعلق به حق الزوج الثاني وتكون الخصومة بينهما على ما بيناه، وهل يجب عليها مهرها للزوج الأول؟ قال ابن أبي هريرة: يحتمل وجهين، أحدهما: يجب لأنها قرنت بضعها عليه، والثاني: لا يجب والأصح الأول، وإن أنكرت فالقول قولها وهل يختلف فيه قولان وقيل: وجهان، أحدهما: أنها لا تحلف لأنها لو أقرت خوفاً من اليمين لم يقبل إقرارها، والثاني أنها تحلف وهو الأصح لأن فيها فائدة وهو أن تقر خوفاً من اليمين فيكون عليها للأول مهر مثلها، فإذا قلنا: القول قولها بغير يمين فلا كلام.

وقال القاضي الطبري: إذا قلنا: لا يمين عليها إذا أنكرت ولا مهر عليها إذا صدقت لا تسمع الدعوى عليها لأنه لا يفيد شيئاً، وإذا قلنا: القول قولها [٨٠/ب] مع يمينها فإن حلفت سقطت دعوى الأول، وإن نكلت حلف الأول وعليها له مهر مثلها على ما ذكرنا، فإذا فرغ من خصومتها عاد إلى الثاني فيخاصمه والخصومة بينهما على ما ذكرنا إذا بدأ بخصومته لأن خصومته لا يختلف سواء بدأ به أو بها وإنما حكم خصومتها يختلف بالبداية بها قبله أو بعده وكل موضع قلنا لا يقبل قولها على الثاني لتعلق حقه فمتى بانت من الثاني بطلاق أو فسخ أو موت حلت للأول بغير نكاح لأن هناك نكاحاً قائماً ورجعة مدعاة تحل له بذلك فإذا زال المانع عادت إلى ذلك الأصل.

مسألة: قال: وإنْ ارتجعَ بغيرِ بينةٍ وأقرتْ بذلكَ فهِي رجعةٌ وقالَ: ينبغِيْ أنْ يشهَد.

هذه مسألة مستأنفة لا تعلق لها بالأول لأنا قد بينا أن إقرارها لا يقبل في حق الثاني إذا تزوجت والقصد به أن الإشهاد على الرجعة مستحب ولا تجب وهو قوله في القديم والأم، وهو الأصح وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد في رواية، وقول الشافعي المسألة قبلها، ولو أشهد على رجعتها لأجل إثبات ما يدعيه عند نكاحها لا لأنه شرط فلا تناقض بين التعيين، وقال في «الإملاء»: هو واجب، ويحكى هذا عن مالك واحتج بأنه استباحةُ بضع مقصود في عينه فكان من شرطه الشهادة كالنكاح، وهذا غلط لأنه عقد ليس من شرطه الولي فلم يكن من شرطه الشهادة كالبيع وعليه النكاح، فإذا قلنا: أنه شرط واجب يحتاج أن يشهد على نفس الرجعة فإن راجع بغير شهود ثم قال بعد ذلك بحضرة شاهدين: كنت راجعت لا يصح لأنه يكون إشهاداً على الإقرار بالرجعة إلا أن يقول [٨١/أ] اشهدا أني راجعتها لا يضيف ذلك إلى زمان مضى فيكون ذلك ابتداء رجعةٍ وقال عمران بن الحصين في رجلٍ طلق ولم يشهد وراجع ولم يشهد: طلق في غير سنةٍ وراجع في غير سنةٍ فليشهد الآن[١]، وإذا قلنا: لا يجب فإن راجع بشاهدين فقد أحسن، وإن راجع من غير شهادةٍ ثم أشهد على إقراره بها شاهدين كان محسناً أيضاً لئلا يجحد المراجعة بعد وجودها.

فرع

لو شك في طلاق امرأة قد ذكرنا فيما تقدم حكمه، وقال سفيان: يلزمه الرجعة وهذا غلط لأن الطلاق عند الشك ملغى فلا يلزمه حكمه، وحكى بشر بن الوليد عن أبي يوسف

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٨/ ١٨٢) بلفظ: «طلق في غير سنة وراجع في غير عدة ليشهد الآن».

قال: جاء رجلٌ إلى أبي حنيفة وقال: لا أدري أطلقت امرأتي أم لا، فقال: هي امرأتك فذهب إلى سفيان الثوري فقال: راجعها لا تضرك الرجعة فذهب إلى شريك بن عبد اللّه فقال: طلقها ثم راجعها فجاء إلى زفر بن الهذيل فأخبره بمقالتهم فقال زفر: أما أبو حنيفة فأفتاك بالفقه، وأما سفيان فأفتاك بالورع والاحتياط، وأما شريك فاستضرب لك مثلاً فيه مثله مثل رجلٍ مرّ بمثقبٍ فسأل عليه منه، فأما أبو حنيفة قال: ليس عليك شيء حتى تستيقن أنه بخسٌ، وأما سفيان أمره بغسله، فإن كان طاهراً لم يضره الغسل، وإن كان نجساً فقد غسله، وأما شريك قال بُلْ عليه ثم اغسله.

مسألة: قال: لو قالَ: قَدْ راجعتكِ قبلَ انقضاءِ عدتكِ وقالتْ: بعدُ فالقولُ قولها[1].

إذا طلقها طلاقاً رجعياً ومضت مدة يمكن انقضاء عدتها فيه فقال لها: ارتجعتك اليوم وقالت هي: قد انقضت عدتي أمس قال الشافعي: فمتى الرجعة؟ في «الأم» ونقله المزني [٨١/ب] القول قولها، وقال المزني: إذا لم يقرا معاً بانقضاء العدة حتى ارتجع فقد صارت امرأته فلا أقبل قولها عليه، واختلف أصحابنا في هذا، فقال ابن سريج وأبو إسحاق: وهو اختيار أبي حامدٍ في هذا ثلاث مسائل، أحديها: أن تسبق هي الإخبار فتقول: قد انقضت عدتي اليوم فقال وأنا راجعتك أمس فالقول قولها لأنها مؤمنة فيما أخبرت فإذا أخبرت، حكمنا بانقضائها وأنها بانت، وقوله قد كنت راجعتك أمس خلاف الظاهر فلا يقبل قوله عليها ويحلف لأن ما يدعيه الزوج ممكن، والثانية: أن يسبق هو فقال: راجعتك اليوم فقالت: انقضت عدتي أمس فالقول قوله كما قاله المزني لأنه لما راجعها حصلت زوجته في الظاهر وقولها قد كانت انقضت عدتي أمس خلاف الظاهر فلا يقبل قولها، قال الماسرجسي: هذا هو المذهب الصحيح، فإن رأيتم للشافعي قولاً يخالف هذا فهو مطلق متأولٌ على ما ذكرناه وهذا كما لو بدأ الوكيل فقال: بعت السلعة بوكالتك وقال الموكل: فسخت وكالتك قبل بيعك فالقول قول الوكيل، وإن سبق الموكل فقال: فسخت وكالتك وقال الوكيل: بعت قبل فسخك فالقول قول الموكل. والثالثة: أن يقول: قد راجعتك وقالت في زمان هذا القول منه قد انقضت عدتي فوقع إخبارها ومراجعته في وقت معاً أو قالت: انقضت عدتي فقال الزوج جواباً لها: قد راجعتك قبل انقضاء عدتك أو قال: راجعتك في عدتك فقالت مجيبة له: قد انقضت عدتي قبل رجعتك فيكون في حكم الدعوى سواء ولا يقوى قول من سبق منهما بالدعوى إذا أجيبت بالإنكار لأن حكم قوله لم يستقر، وإذا كانا كذلك فصار فيه مستويين فالقول حينئذٍ [٨٢/أ] على هذا قول الزوجة دون الزوج لأنها جاز

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٣١٩).

به في فسخ وقولها في حيضتها مقبول، وذكر القفال مثل هذا وقال: إذا قال: راجعتك قبل انقضاء عدتك فقالت ارتجالاً من غير فصل انقضت عدتي قبل مراجعتك يجعل كأنهما وقعا معاً ويجعل كأن عدتها انقضت قبيل إخبارها والحكم ما ذكرنا.

ومن أصحابنا من قال: إذا كانا معاً يقرع بينهما فإن خرجت القرعة له فالقول قوله مع يمينه، وإن خرجت القرعة لها فالقول قولها مع يمينها لأنهما استويا في الدعوى فلا تمييز إلا بالقرعة وهذا ليس بشيء، وقال ابن أبي هريرة: ما قاله أبو إسحاق لا يصح لأن ظاهر كلام الشافعي في المختصر بخلافه لأن الزوج سبق بالرجعة وجعل القول قولها ثم قال مرةً أخرى: فيه ثلاثة أوجه، أحدها: القول قولها بكل حالٍ، والثاني: القول قوله بكل حالٍ، والثالث: يجمع من قوليهما فيقبل قوله في الرجعة وقولها في انقضاء العدة ولا يعتبر السبق بالدعوى، وقال بعض أصحابنا: فيه ثلاثة طرق، أحدها: وهو اختيار القاضي الطبري والقاضي أبي حامد فيه قولان، والأصح أن القول قولها لأن إقامة البينة على انقضاء العدة متعددة وعلى الرجعة ممكنة، والثاني: ما قاله ابن سريج وأبو إسحاق، والثالث: أشار إليه المزني واختاره الداركي أنهما إن اتفقا في وقت انقضاء العدة واختلفا في وقت الرجعة كأن قال: راجعتك في شعبان وانقضت عدتك في رمضان وقالت: انقضت عدتي في رمضان وراجعتني في شوال فالقول قول الزوج لأن اختلافهما في الرجعة دون العدة والرجعة من فعله فيقول والله لقد راجعتك قبل انقضاء عدتك وتكون يمينه على القطع لأنها يمين إثباتٍ [٨٢/ب] وإن اتفقا على وقت الرجعة واختلفا في انقضاء العدة كأنها قالت: انقضت عدتي في شعبان وراجعتني في رمضان فقال الزوج: راجعتك في رمضان وانقضت عدتك في شوال فالقول قول الزوجة مع يمينها لأنه خلاف في انقضاء العدة لا في وقت الرجعة.

فرع آخر

إذا قلنا: القول قولها فأقرت بعد ذلك بالرجعة قبل إقرارها وكانت زوجة له كمن أقر بعدما جحد يقبل إقراره فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما لو أقرت برضاع بينها وبين رجل ثم نكحته لا يجوز، وإن رجعت عن إقرارها وكذلك نص الشافعي في «الإملاء» على أنه لو زوجها أخوها فادعت أنها ما أذنت فيه فالقول قولها وبطل النكاح، فلو رجعت وأقرت بأنها كانت قد أذنت لم يحل له إلا بنكاح جديدٍ، قلنا: الفرق أنها لا تقر برضاع إلا عن علم وأصل فلا يقبل تكذيبها نفسها وهاهنا ينكر رجعته على ظاهر بحال وتنفي فعل الغير فيجوز أن يثبت عندها فعله فتقر به ولأن ذلك تحريم مؤبد وهاهنا قد تحل له بعقدٍ فجاز إن تقدم بثبوت الرجعة فنصدقها وهذا ضعيف والفرق الأول أولى، وأما المسألة الثانية: فالفرق أنه

ليس هناك نكاح يستند إليه إقرارها بعد إنكارها وهاهنا نكاح ثابت تستند إليه الرجعة والأصل بناء ذلك النكاح فبان الفرق بينهما، ولو ادعت أنه طلقها فنكل عن اليمين فردت اليمين إليها فحلفت ثم كذبت نفسها لا يقبل وإن احتمل لأنه استند قولها أي ثبت باليمين.

فرع آخر

لو قالا: نعلم وجود الرجعة وإقرارها بانقضاء العدة ولا نعلم أيهما أسبق قال القفال: الأصل بناء العدة وثبوت الرجعة وهذا عندي صحيح على قياس [٨٣/أ] قول أبي إسحاق، فأما على ظاهر المذهب ينبغي أن يكون القول قولها لأن الأصل بناء التحريم وأن لا رجعة.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو قال بعد انقضاء العدة: كنت راجعتك في العدة وصدقته فالرجعة ثابتة فإن كذبته بعد التصديق أو كذبته قبل التصديق ثم صدقته كانت الرجعة ثابتة، وكذلك لو ادعت أنه طلقها ثلاثاً ثم كذبت نفسها حل لها الاجتماع معه.

فرع آخر

قال: لو قال: قد أعلمتني بأن عدتها قد انقضت ثم راجعتها لم يكن هذا الإقرار بأن عدتها قد انقضت فإن قالت بعد هذا: ما انقضت عدتي كانت الرجعة ثابتةً لأنها قد تكذب فيما أعلمت به.

فرع آخر

قال: لو كانت زوجته أمة فصدقته كانت كالحرة في هذا فلو كذبه مولاها لم أقبل قوله لأن التحليل بالرجعة والتحريم حق لها وذكر في الشامل: أن الذي يجيء على المذهب في الموضع الذي قلنا: القول قول الحرة القول قول السيد والزوج وبه قال أبو يوسف ومحمد: إن النكاح حق للسيد ولهذا يثبت بإقراره فكذلك الرجعة وبخلاف انقضاء العدة لأنه لا طريق إلى معرفتها إلا من جهتها، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد: القول قولها أيضاً وهذا غلط على المذهب والنص الذي ذكرنا حكاه أصحابنا.

فرع آخر

قال: ولو كانت امرأته صبية لم تحض أو معتومة فقال زوجها بعد انقضاء عدتها قد راجعتها في العدة لم أصدقه إلا ببيّنةٍ تقوم له سواء صدقه وليها أو لا وسواء كان وليها أباً أو غير أب.

فرع آخر

لو كانت صحيحةً فعرض بها مرضٌ أذهب عقلها ثم قال بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتها [٨٣/ب] في العدة لم تكن زوجته، وإن أفاقت فصدقته كانت زوجته بالإقرار وكانت الرجعة عليها ثابتة.

مسألة: قال: ولو دخلَ بها ثمَ قالَ: أصبتكِ وقالتْ: لم تصبني[١].

الفصل

قال: إذا طلقها طلاقاً رجعياً بعد أن خلا بها ثم اختلفا في الإصابة فقالت: طلقتني قبل الإصابة فلا عدة عليَّ ولا رجعة لك، وقال: بل طلقتك بعد الإصابة فعليك العدة ولي الرجعة فالقول قولها ولا رجعة لأن الظاهر أنها بانت بالطلاق والأصل أن لا إصابة، فإذا حلفت لا عدة ولا رجعة ولا نفقة ولا سكنى لها، وأما المهر إن كان مقبوضاً فلا شيء له فيه لأنه لا يدعيه، وإن لم يكن مقبوضاً فلها نصفه، وإن كان مقراً أن كله لها لأنها لا تدعي أكثر من نصفه ومعنى قوله هاهنا دخل بها إلى خلا بها، فإن قيل: أليس إذا ادعى العنين أنه أصابها وأنكرت فالقول قوله إذا كانت ثيباً فما الفرق قلنا: لأن الأصل بقاء النكاح وثبوته والمرأة تدعي معنى يزيله فكان القول قوله بخلاف هاهنا.

قال بعض أصحابنا: هذا على قوله الجديد، فأما على قوله القديم أن الخلوة موجبة لأحكام الوطئ من العدة وتقرير المهر أو دلالة على الإصابة فالقول قول من يثبت الإصابة فتثبت العدة والرجعة، وقال في «الحاوي» في الخلوة: ثلاثة أحوال، أحدها: قوله القديم أنها كالإصابة في المهر والعدة واستحقاق النفقة والسكنى: وهل تكون كالإصابة في ثبوت الرجعة؟ وجهان: والأظهر ثبوتها، والثاني: وجودها لعدمها فلا حكم لها. والثالث: قاله في «الإملاء» وبه قال مالك هي كاليد لمدعي الإصابة منهما. [٨٤/أ]

مسألة: قال: ولو قالتْ: أصابني وأنكرَ فعليهَا العدةُ

الفصل

إذا ادعت هي الإصابة وأنكرها الزوج فالقول قوله ولا رجعة له ولا نفقة لها ولا سكنى وعليها العدة لاعترافها، وأما المهر فلها نصفه فإن كان في يده أعطاها ذلك، وإن كان مقبوضاً ردت النصف لأنه يدعيه وقد حلف عليه هذا على قوله الجديد على ما ذكرنا.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٢١).

مسألة: قال: ولو أردتْ بعدَ طلاقِهَا فارتجعَها مرتدةً فِي العدةِ لمْ تكنْ رجعةٌ.

الفصل

إذا طلقها طلاقاً رجعياً فارتدت في العدة فراجعها وهي مرتدةً فالرجعة باطلة لأن الرجعة يمنعها عن أن يجري إلى بينونة والردة يجريها إليها فتنافيا فلم تصح، وقال المزني: الرجعة موقوفة فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة بينا أن الرجعة صحيحة، وإن أقامت على الردة حتى انقضت العدة بينا أن الرجعة باطلة وهذا غلط لأن استباحة بضع مقصود في عينه فلا يصح في حال الردة كالنكاح، واحتج المزني على هذا بالطلاق أنه إذا طلقها في الردة كان موقوفاً فكذلك الرجعة قلنا: الطلاق رفع النكاح فيلائم معنى الردة لأنها موجبة للفسخ والرجعة ضد ذلك ولأن الطلاق يعلق على الصفات فجاز أن يقع موقوفاً بخلاف الرجعة.

باب المطلقة ثلاثاً[1]

مسألة: قال: قالَ اللَّهَ تعالىٰ فِي المطلقةِ الطلقَة الثالثةَ: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

الفصل

إذا طلق امرأته ثلاثاً لم يحل له إلا بخمس شرائط تعتد منه، وتعقد الثاني ويدخل بها ويطلقها [٨٤/ب] أو ينفسخ نكاحها أو يموت عنها وتعتد منه، فإذا وجدت هذه الشرائط الخمسة حل له العقد عليها لأن التحريم الثابت بالطلقات الثلاث يرتفع بشرطين عقد الثاني وإصابته لها وهما شرطا الإباحة وبه قال علي وابن عباس وابن عمر وعائشة رضي اللّه عنهم وجمهور العلماء، وقال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب تحل المطلقة الثلاث بمجرد النكاح دون الإصابة[2] واحتج فظاهر قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] ولم يشترط الإصابة وهذا غلط لما روى الشافعي باسناده عن عائشة رضي اللّه عنها أنها قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى رسول اللّه ﷺ فقالت: إني كنت عند رفاعة فطلقني فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هُدبة الثوب فقال: كذبت يا رسول اللّه إني

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٢٦).

(٢) ذكره النووي في شرحه على صحيح مسلم (١٠/ ٣) عن سعيد بن المسيب أنه قال: «إذا عقد الثاني عليها ثم فارقها حلت للأول ولا يشترط وطء الثاني».

لأعركها عركَ الأديم العكالي وهذان ابناي من غيرها فتبسم رسول اللّه ﷺ فقال: «تريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[١]. قال في «الأم»: ولا تكون العسيلة إلا بالذكر في القبل، وقال أبو عبيد: العسيلة لذة الجماع وقيل: سماها بها تشبيهاً بالعسل وهي تصغير العسل وقيل: الهاء اثبتت فيها على نية اللذة وقيل: العسل يؤنث ويذكر ولأن ابن المنذر يقول: في هذا دلالة على إن واقعها وهي مغمى عليها لا تحس باللذة لا تحل للزوج الأول لأنها لم تذوق العسيلة لعدم الحس، وقيل: إنها الإنزال وروت عائشة رضي اللّه عنها أن النبي ﷺ قال: «العسيلة الجماع»[٢] وأما الآية قلنا: شرطنا الوطء بالجزء الذي ذكرنا كما شرطنا طلاق الزوج الثاني وانقضاء عدتها منه بالإجماع.

مسألة: قال: [٨٥/أ] فإِذَا أصابَها بنكاحِ صحيحِ فغيبَ الحشفةَ فِي فرجِهَا فَقَدْ ذَاقَ العسيلةَ.

ظاهره يقتضي أن الإصابة بنكاح صحيح شرط في الإباحة وهو قوله الجديد، وإذا أوطئها في نكاح فاسدٍ لا تحصل الإباحة، وقال في «القديم»: تقع به الإباحة لأنه في حكم النكاح الصحيح في المهر والعدة والنسب واسم النكاح، وأما إذا وطئها بسببه لا في النكاح ثم أن يجد على فراشه فوطئها ظناً أنها امرأته لا تحل للزوج الأول قولاً واحداً، لأنه ليس بوطئ في نكاح، وقال القفال: قال بعض أصحابنا: فيه قولان أيضاً وهذا غلط، وأما إذا وطئها في ملك اليمين بأن ظن أنها أمته لا يحل للزوج الأول بلا إشكال، وإن كان أحدهما غالباً بفساد النكاح ويعتقد أنه زاني لا يبيح قولاً واحداً ذكره ابن الجويني، قال عبيدة السلماني وفقهاء المدينة: لا تحل له إلا من الباب الذي حرمت عليه، وأما القدر الذي يتعلق به الإباحة أن يغيب الحشفة في الفرج ولا يعتبر الزيادة لأن جميع أحكام الوطئ يتعلق بهذا القدر.

مسألة: قال: وسواءٌ قويُ الجماعِ أو ضعيفَهُ.

---

(١) أخرج نحوه البخاري في اللباس، باب الإزار المهدب (٥٧٩٢) ومسلم في النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره (١٤٣٣) والترمذي في النكاح عن رسول الله، باب ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها آخر (١١١٨).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/٢٥١).

الفصل

الإباحة للزوج الأول يتعلق بالتقاء الختانين، قال في «الأم»: والتقاؤه بذهاب العذرة، فإن أفضاها فقد التقيا وزيادة ومعنى قوله ضعيف الجماع من هو من أهل الجماع لأن في جماعه ضعفاً فأما من لا يقوم عليه ولا ينتشر ذكره وإنما هو كالحزقة فأدخلته بإصبعها لم تقع به الإباحة لأنه ليس من أهل الجماع فهو كالطفل وبمنزلة إدخال الأصبع في الفرج، وقيل: إذا كان ممن ينتشر ذكره يبيح وإن لم ينتشر وأدخلت هي، وقيل في وطئ الصبي وإن كان ابن سنةٍ يبيح لأنه يوجب الغسل [٨٥/ب] ولا يتبعض أحكام الوطئ وهذا لخلاف النص عندي، وقال في «الحاوي»: قال أبو حامدٍ: إذا ادخله غير منتشر بيده أو يدها لا يبيح ولا يتعلق به أحكام الوطئ ولا غسل لأن عرف الوطئ لا يتناوله ولأن العسيلة بالشهوة وهي مع الانتشار وهذا لا يصح بل تغييب الحشفة في الفرج يوجب أحكام الوطئ، وإن كان الذكر غير منتشر لأن لين الذكر ضعفه وانتشاره قوته وضعف الجماع وقوته سواءٌ إذا أمكن دخول الحشفة مع ليناً ولأن اللذة غير معتبرة كما لو كان نومها أو نومه.

مسألة: قال: أو كانَ ذلكَ من صبيٍ مراهقٍ أو مجبوبٍ بقيَ لهُ مَا يغيبهُ تغييبُ غير الخصي وسواءٌ كل زوجٍ وزوجةٍ.

قوله: تغييب غير الخصي يوهم أن تغييب الخصي يباين تغييب العجل وليس كذلك، فإن الخصي الذي بقي ذكره وقطعت انثياه إذا غيب الحشفة في الفرج كان كالفحل في تحليلها للزوج الأول لأنه لا يشترط الإنزال، ولعل الشافعي أراد بالخصي هاهنا الممسوح وهو الذي لم يبق من ذكره شيء أو الذي بقي من ذكره ما نقص عن قدر الحشفة فمتى كان بهذه الصفة لم يتصور منه الإصابة أو التحليل للزوج الأول، وإذا كان مجبوباً بقي من ذكره ما يبلغ مقدار الحشفة عند التغييب كان حكمه خلاف حكم الخصي الذي صورناه وحصل به التحليل للأول وقيل: يعتبر في المجبوب إذا بقي زيادة على قدر الحشفة منه أو يعتبر تغييب جميعه وجهان، واعلم أن الوطئ من أي زوج بالغ كان يوجب الإباحة للزوج الأول سواءً عبداً أو حراً مسلماً أو كافراً، فأما إذا كان صبياً قال في «الأم»: فإن كان جماعه يقع موقع جماع الكبير ولا لذة فيه فلا يتعلق به اخلالٌ، وقال مالك: لا يحصل الإباحة إلا بوطئ البالغ [٨٦/أ] وهذا غلط لأنه وطئ ممن يجامع مثله في نكاح صحيح كوطئ البالغ، قال أصحابنا: والمخرج لمن أراد الاستحلال ويحترز من فساد العقد ومن امتناع الثاني من الطلاق ومن إحبالها أن تتزوج من عبدٍ مراهق لم يبلغ، فإذا أصابها وهب لها فيبطل النكاح بالهبة لأنها ملكت زوجها وحلت الأول وأمنت الإحبال لعدم البلوغ، وقال القاضي أبو علي

البندنيجي في جامعه: إن كان ممن يجامع مثله بأن يكون ابن تسع سنين أباح، وإن كان أصغر من هذا لا يبح.

مسألة: قال: ولو أصابهَا صائمةً أو محرمةً أساءَ وقَدْ أحلهَا[١].

إذا أصاب الزوج الثاني المرأة المطلقة ثلاثاً وهو محرم أو صائم أو هي محرمة أو صائمة يأثم بذلك ولكنها تحل للأول لأنه وطئٌ في نكاح صحيح، وكذلك إذا وطئها في حال حيضها تحل للأول، وقال مالك وأحمد: لا تحل بالوطئ في هذه الأحوال لأنها معصية محرمة فلا ترفع التحريم وهذا غلط لما ذكرنا، ولأن النبي ﷺ قال: «لا حتى تذوقي عسيلته»[٢] ولم يفصل.

مسألة: قال: ولو أصابَ الذميةَ زوجٌ ذميٌ فِي نكاحِ صحيحِ أحلهَا للمسلمِ.

الفصل

إذا كانت الذمية عند المسلم فطلقها ثلاثاً ثم نحكها ذمي آخر ووطئها حلت للأول ولا فرق بين أن يكونا مسلمين أو كتابيين أو أحدهما مسلماً والآخر كتابياً، وهذا لأن أنكحة المشركين عندنا صحيحة، وأكده الشافعي بأن الإحصان يحصل بوطئه لأن النبي ﷺ رجم يهوديين زنيا وكانا قد أحصنا[٣] فالتحليل أولى أن يحصل به وقال مالك: وطئ الذمي لا يبيح للأول بناء على أصله أن نكاح المشرك باطل وقد ذكرناه في باب النكاح، وقيل قوله بنكاح صحيح [٨٦/ب] يحتمل معان أحدها أن يريد به نكاحاً عقدوه بشاهدين مسلمين على شرائط الإسلام ويحتمل أن يريد به نكاحاً لا في غير محرم ويحتمل أنه أراد نكاحاً يعقدون فيه التأييد، والأصح أنه أراد نكاحاً عقدوه للتأييد على غير محرم سواء كان فيه شهود أو لا إذا لم يكن في عدة أو شرط خيار أو كان في العدة أو شرط الخيار ولكنها انقضت في الشرك فيعطى أحكام الصحة لهذا النكاح، ولو وطئها الزوج على ظن أنها أجنبية وأنه يفجر بها فبانت زوجته أباحها للأول.

مسألة: قال: ولو كانتْ الإصابةُ بعدَ ردةِ أحدهمَا

الفصل

إذا طلق امرأته ثلاثاً ثم تزوجت بزوج آخر ثم ارتد أحد الزوجين أو هما فوطئها الزوج

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٣٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سيأتي تخريجه.

في حال الردة ثم طلقها بعد ذلك فأنه لا يبيحها ذلك الوطئ للأول لأن الوطئ تتعلق به الإباحة هو الوطئ في ملك تام وهاهنا الملك غير تام لأنها يجري إلى بينونة، وإذا لم يسلم المرتد منهما حكمنا بالفرقة مستنداً إلى حالة الردة، وقال المزني: هذه المسألة مستحيلة لأنه إن كانت الردة بعد الإصابة فقد أباحتها الإصابة فلا معنى للوطئ في الردة، وإن كانت الردة قبل الإصابة فقد بانت بنفس الردة لأنها ردة قبل الدخول، قلنا: هذه المسألة صحيحة ويجوز أن يرتدا قبل الإصابة ولا يقع الفسخ من وجوه: أحدها: إذا قلنا بقوله القديم إن الخلوة كالإصابة، والثني: على القولين إذا وطئها في الموضع المكروه تجب العدة، والثالث: إذا وطئها دون الفرج فسبق الماء إلى فرجها تجب العدة ولا يحصل به الحل، وقال القفال للشافعي، لمَ قيل: ثم رجع المرتد منهما قبل انقضاء العدة حتى يلزمه ما قاله المزني بل قال: ثم رجع المرتد منهما في الجملة وإن كانت البينونة [٨٧/أ] واقعة بالردة لم يكن بد من ذكر الرجوع إذ المرتدة لا تحل لأحد فكيف يقال لا تحل للزوج الأول؟ والمقصود من الكلام أن الزنا ووطئ الشبهة لا يبيحا، ولو أصابها في عدة طلاقٍ رجعي لا تحل للزوج الأول أيضاً، لأنها محرمة عليه من جميع الوجوه بخلاف ما لو كانت صائمة أو محرمة.

مسألة: قال: ولو ذكرتْ أنهَا نكحتْ نكاحاً صَحيحاً وأصيبتْ ولا تعلمُ حلتْ له

الفصل

إذا طلقها ثلاثاً وغابت عنه ثم عادت فذكرت أنها قضت عدتها ثم نكحت زوجاً غيره فطلقها واعتدت منه وكان الزمان ممكناً لما ذكر نظر، فإن وقع في قلبه صدقها ابتداء نكاحها، وإن وقع في قلبه الكذب منها فالورع أن لا يبتدأ نكاحها، فإن خالف وفعل جاز لأنها مؤتمنة فيما تخبر به وكذلك إن لم يترجح الكذب على الصدق فالورع تركه ولكنها تحل، وقال أبو إسحاق: يستحب للزوج البحث عن ذلك حتى يعلم فإن لم يفعل فلا شيء عليه وقيل: إذا وقع في قلبه كذبها لا يجوز نكاحها وليس بشيء.

فرع

لو رجعت عن ذلك وقالت: كذبت نظر فإن كان ذلك قبل أن يتزوج بها لم يكن له أن يتزوج وإن كان ذلك بعد ما تزوج بها لم يقبل قولها في بطلان النكاح.

فرع آخر

لو قالت: حللت لك فإني نكحت فلاناً وأصابني وطلقني وأنكر ذلك الرجل فالقول

قولها لأن ذلك أجنبي لا يلتفت إلى قوله كما لو قال: الزوجان تزوجنا بشهادة فلان وفلان فأنكر الشاهدان ذلك فالقول قولهما دون الشاهدين.

فرع آخر

لو قال الزوج الأول لها: كذبت ما أصابك الزوج الثاني لم يكن له نكاحها فإن رجع عن هذا وقال: صدقت قد أصابك قبلنا ذلك منه لأنه قد ينسى فينكر ثم يتذكر فنجزيه نص عليه. [٨٧/ب]

فرع آخر

لو قال رجل: تزوجتها وأصبتها فحلت لك وأنكرت فالقول قولها بلا إشكال.

فرع آخر

لو طلقها طلقة رجعية ثم غاب عنها فقضت العدة فقال لها رجل: لا تنكحي كيلا يكون راجعك وهو غائب لم يقبل عنه وكان لها النكاح لأن الأصل أن لا رجعة.

فرع آخر

لو كانت أمةً وطلقها زوجها طلاقاً لا يحل له إلا بعد زوج مثل إن كان عبداً فطلقها طلقتين أو حراً فطلقها ثلاثاً فاعتدت منه فوطئها سيدها لم يبحها لزوجها، فإن اشتراها زوجها من سيدها فهل تحل له الوطئ بملك اليمين؟ المنصوص أنها لا تحل له إلا بعد زوج نص عليه في كتاب «الظهار» والدليل عليه أنه لو لاعنها ثم اشتراها لا تحل له كذلك هاهنا، ولأن اللّه تعالى قال: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] والتحريم عام، ومن أصحابنا من قال: تحل له لأن الطلاق حرمها من حيث الزوجية لا بملك اليمين، وقيل: فيه وجهان، والأصح ما ذكرنا.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو أصابها في الوضع المكروه لم يحلها للأول لا ما فارقت عسيلته وهذا لا خلاف فيه.

فرع آخر

لو غاب مع زوجته ثم عاد فذكر موت زوجته حل لأختها أن تتزوج به ويكون قوله في الموت مقبولاً، ولو غابت زوجته مع إختها ثم قدمت الأخرى فذكرت له موت زوجته لم

يحل له أن يتزوج هذه القادمة إلا بعد يقين موتها الفرق أن الزوج مالك لبضع زوجته فلم يحل له العقد على إختها إلا بعد أن يتيقن زوال ملكه، ولا ملك للأخت فجاز أن يرجع أن قول الزوج في موت أختها.

فرع آخر

لو تزوجت بشرط أنه إذا أحلها للزوج الأول لم يكن بينهما نكاح قد ذكرنا أنه أفسد من نكاح المتعة، ولو أصابها قال في القديم [٨٨/أ] يحلها لأنها موطؤةٌ باسم النكاح فعلى هذا الوطئ في كل نكاح فاسدٍ مثله، وقيل: لعله إطلاق النبي ﷺ اسم الإحلال عليه في نهيه عنه فعلى هذا لا يقاس عليه الوطئ في سائر الأنكحة الفاسدة على ما ذكرنا من قبل.

فرع آخر

إذا طلق إحدى امرأتيه فقبل أن يعين المطلقة راجعها وقال: راجعت المطلقة منكما، فإن كان الطلاق معيناً في الأصل ففي صحة الرجعة بعد حصول الإشتباه وجهان، أحدهما: لا تصح الرجعة لأنه معنى يفقد استباحة البضع فلا يصح في غير المعينة كالنكاح. والثاني: يصح لأن الرجعة تقتضي رفع حكم الطلاق فلما صح الطلاق مع فقد التعيين صحت الرجعة أيضاً.

فرع آخر

إذا قال لها بعد الدخول: أنت طالق إن قدم فلان فلم يعلم هل قدم أم لا؟ فراجع ثم علم أنه كان قدم هل تصح الرجعة؟ فيه وجهان، والأصح أنه لا يصح وأصل هذا إذا باع مال مورثه ولم يعلم أنه صار له ارثاً فظهر أنه كان له عند البيع ففي صحة البيع قولان، ولو استبرى زوجته الأمة المطلقة الرجعية فإن كانت بقية العدة لا تزيد على الاستبراء أو تزيد فالاستبراء كان وهي حيضة تامة، وإن كانت بقيته أقل من الاستبراء فيه وجهان ويخالف إذا استبرى زوجته حل له وطئها في الحال في أصح الوجهين ولا يحتاج إلى الاستبراء لأنها كانت محللة والرجعية كانت محرمة فلم يرتفع التحريم بمجرد الملك والله أعلم.

كتاب الإيلاء[1]

قال: قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية [٨٨/ب].

الإيلاء في اللغة اليمين على كل شيء يقال: إليَّ يولي إيلاءً فهو مولي إليَّ حلف الألية اليمين وجمعها الأياء ويقال: إلى متآلي فهو متآلي أي حلف، وقال تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ﴾ [النور: ٢٢] أي: لا يحلف، وقال ﷺ: «تألى أن لا يفعل خيراً»[2]، وقال أيضاً: «من يتألى على الله يكذبه»[3]. وقال الشاعر:

وأكذب ما يكون أبو المعلى   إذا آلى يميناً بالطلاق

وأما الإيلاء في الشرع: فهو اليمين على فعل مخصوص وهو أن يحلف على ترك الوطئ مدة واختلف العلماء في تلك المدة فقال ابن عباس: لا يكون مولياً حتى يحلف لا يطأها أبداً أو يطلق ذلك فإن الإطلاق يقتضي التأييد، وقال الحسن وابن أبي ليلى والنخعي وقتادة وحماد وإسحاق: أي مدةٍ حلف عليها يكون مولياً، وإن كانت يوماً واحتجوا بظاهر الآية، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري: لا يكون مولياً حتى يحلف أنه لا يطأها أربعة أشهر فما زاد، وقال الشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور: لا يكون مولياً حتى تزيد المدة على أربعة أشهر ولا حد للزيادة ويكفي أقل القليل ويظهر حكم الإيلاء في المآثم بقصد الأضرار فإن ذلك القليل لا يكفي الموقف والمطالبة ويخرج عن حكم الإيلاء بمضيه، وفي أربعة أشهر وما دونها لا يكون مولياً ولكن يكون خالعاً إن وطئها ووجبت الكفارة، وإن ترك وطئها لم يتوجه عليه المطالبة بالفئة ولا بالطلاق وفائدة الخلاف مع أبي حنيفة أنه عندنا إذا آلى منها أكثر من أربعة أشهر أجل أربعة أشهر وهذه المدة تكون حقاً له كالأجل لمن عليه الدين فإذا مضت المدة [٨٩/أ] لم يقع بها الطلاق ولكنه يطالب بالفئة لا بالطلاق، وإن وطئ قبل

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٣٣٧).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٤٢٢١) ومالك في البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزرع (١٣٠٩).

(٣) ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٧/٢٠٨) بلفظ: «من تأتى على الله أكذبه الله» وقال رواه الطبراني.

انقضاء المدة فقد عجل الحق قبل محله، وإذا آلى أربعة أشهر لا يكون له حكم الإيلاء لأنه لا ينبغي زمان الوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر وعند أبي حنيفة إذا آلى أكثر من أربعة أشهر فمضت أربعة أشهر ولم يطأها وقعت تطليقة ثانية ولا معنى للوقف عنده، وإذا آلى أربعة أشهر فانقضت يقع الطلاق أيضاً وبه قال ابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت والأوزاعي رضي اللّه عنهم، وكان ابن مسعود رضي اللّه عنه يقرأ الآية فإن فاؤوا فيهن، وبقولنا قال عمر وعثمان وعلي وابن عمر وعائشة ومجاهد وعطاء وسليمان بن يسار ومالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد رضي اللّه عنهم، وقال سليمان بن يسار: أدركت بضعة عشر نفساً من أصحاب رسول اللّه ﷺ كلهم يوقفون المولي[(١)]، وقال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والزهري وأبو بكر بن عبد الرحمن وابن شبرمة يقع بانقضاء المدة طلقة رجعية والدليل على بطلان قول ابن عباس قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولم يفرق بين أن يكون على التأبيد أو إلى مدة لأن الضرر يلحقها بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر فكان مولياً كما لو أطلق، والدليل على بطلان قول الحسن أن اللّه تعالى أمر بوقف المولي لها بلحقها بالضرر وترك وطئها باليمين وهذا الضرر لا يكون في يوم ونحوه فلا معنى لإثبات حكمه، والدليل على بطلان قول أبي حنيفة أنه يمين اللّه تعالى على منع حق من حقها فلا يقع بها الطلاق كاليمين على ترك نفقتها.

فرع

لو حلف على خير الوطئ لا يكون لها حكم الإيلاء [٨٩/ب] وقال أبو قلابة والنخعي: الإيلاء الحلف على مسأة زوجته سواء كانت على الوطئ أو على غيره إذا قصد الإضرار بها وهذا غلط لأنه لا يعظم قصد الإضرار إلا باليمين على ترك الوطئ وبه قال جماعة الصحابة والعلماء.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في الإيلاء هل عمل به في صدر الإسلام قبل نسخه؟ فقال بعضهم: عمل به قبل النسخ ثم نسخ إلى ما استقر عليه حكمه، وقال جمهور أصحابنا: لم يعمل به قبل نسخه وإنما روى أبو هريرة وجابر رضي اللّه عنهما آلى من نسائه شهراً ثم نزل إليهن ليلة تسع وعشرين وقال عمر رضي اللّه عنه يا رسول اللّه أطلقت نساءك؟ فقال: «لا ولكني

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٧/ ٣٧٦) والدارقطني في «سننه» (٤/ ٦١).

آليت شهراً»، وقال الشافعي في الأم: كانت القربة في الجاهلية ثلاثة بالطلاق والطهار والإيلاء فنقل الله تعالى الإيلاء والظهار عما كانا عليه في الجاهلية وبقي حكم الطلاق على ما كان عليه.

مسألة: قال: والمولي مَنْ حلفَ يمين يلزمهُ بهَا كفارةٌ.

الفصل

إذا آلى من امرأته نظر فإن كانت يمينه بالله تعالى كان مولياً قولاً واحداً وإن كانت بغير الله تعالى مثل الطلاق والعتاق أو صدقة المال أو الصوم أو الحج أو نحو ذلك فهل يكون مولياً قولان، قال في القديم: لا يكون مولياً وبه قال أحمد في أظهر الروايتين لأن الله تعالى قال للذين يولون من نسائهم والإيلاء المطلق إنما هو بالله تعالى وقد قالوا: فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم، وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله تعالى والحنث فيها، وقال في الجديد: يكون مولياً وبه قال مالك وأبو حنيفة وجماعة العلماء [٩٠/أ] ووجهه أن الإيلاء هو الحلف ويسمى هذا حالفاً ولهذا لو قال: إن حلفت فامرأتي طالق ثم حلف هكذا يقع الطلاق ولأنها يمينٌ لا يمكنه الوطئ معها بعد التربص إلا بضرر فأشبه اليمين بالله تعالى.

فرع

لو قال: إن وطئتك فلله عليَّ أن أقف داري كان مولياً ولو قال: فداري وقف لا يكون مولياً لأنها لا تصير وقفاً بخلاف ما لو قال فعبدي حر.

فرع آخر

لو قال: إن وطئتك فأنت على حرامٌ فإن أراد طلاقاً كان مولياً وإن أطلق فوجهان بناء على أنه هل يجب الكفارة بإطلاق أم لا.

فرع آخر

لو قال: إن ويطئتك فلله عليَّ أن أصلي ركعتين يكون مولياً في قوله الجديد، وقال أبو حنيفة: لا يكون مولياً لأنه لا يتعلق بها مالٌ وهذا غلط لأنها تجب بالنذر وما وجب بالنذر كان مولياً بالحلف به كالصوم والحج وأما ما ذكره لا يصح لأن الصلاة يحتاج إلى الستر والماءوهو مال.

فرع آخر

إذا خالف ووطئ قال في «القديم»: لا كفارة عليه لأن اللّه تعالى قال: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وهذا يقتضي العفو عن الكفارة ولأنه كان طلاق الجاهلية ولكنه أخر في شرعنا إلى مدة ولا كفارة في الطلاق، وقال في «الجديد»: عليه الكفارة وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد والجماعة لأن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»(١)، وأما الغفران لا يدل على سقوط الكفارة كما لو ناب وكان الحنث طاعة.

مسألة: قال: ولا يلزمُهُ الإيلاءُ حتىٰ يصرحَ بأحدِ أسماءِ الجماعِ[٩٠/ب]

الفصل

ألفاظ الإيلاء على أربعة أضربٍ، ضربٌ هو صريح في الحكم ولا يدين فيما بينه وبين اللّه تعالى مثل أن يقول: لا أنيكك أو لا أدخل ذكري في فرجك أو لا أغيب ذكري في فرجك هذا في البكر والثيب، أو يقول في البكر خاصة لا اقتضك بذكري، فإذا حلف بواحد من هذه الألفاظ كان مولياً، وإن قال: لم أرد به الإيلاء لم يقبل قوله وهذا أبلغ من تصريح الطلاق لأن قوله لا أنيكك لا يحتمل غير هذا الفعل والطلاق يحتمل الطلاق من الوثاق، وكذلك لو قال: لا أجامعك بذكري في فرجك ولم يقل بذكري في قوله لا اقتضك، قال أبو حامد: يكون صريحاً في الباطن، فإن قال: أردت به الافتضاض بالأصبع يقبل لأنه يحمل وهذا أصح.

والضرب الثاني: ظاهره يكون مولياً به في الحكم ويدين فيما بينه وبين اللّه تعالى، وهو قوله: لا أجامعك أو لا الهاك أو لا أصيبك فإن قال: لم أرد به الإيلاء بل أردت لا أطأها برجلي أو لا أجامعها بيدي أو لا أصيبها بيدي لا يقبل منه في الحكم ويقبل منه فيما بينه وبين اللّه تعالى لأنه بين لها عرف العادة في الوطئ فكان إيلاءً في الحكم ويحتمل ما نواه فيقبل فيما بينه وبين اللّه تعالى كما يقول في قوله: أنت طالق ثم قال: أردت من وثاق.

والضرب الثالث: كناية في الحكم وفيما بينه وبين اللّه تعالى لقوله لا يجمع رأسي

---

(١) أخرجه مسلم في الأيمان، باب ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها (١٦٥٠) والنسائي في الأيمان والنذور، باب الكفارة قبل الحنث (٣٧٨١) وابن ماجه في الكفارات، باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها (٢١٠٨) وأحمد في «مسنده» (٦٨٦٨).

ورأسك شيء أو لا جمعتهما مخدة أو ليطولن تركي جماعك أو لأسؤنك أو لاغيظنك ونحو هذا وكل ذلك كناية أن نوى به الإيلاء يكون إيلاءً، وإن لم ينوِ [٩١/أ] لا يكون شيئاً وهذا لأن هذه الأشياء كلها يحتمل الوطئ وغيره وليس مع أحد الاحتمالين ما يرجح به من عرف شرع ولا عادة، وكان كناية بكل حالٍ.

والرابع: مختلفٌ فيه مثل قوله لا باشرتك لا لامستك لا باضعتك لا غشيتك لا لمستك لا قربتك لا افضي إليك لا افترشتك ففي هذه الألفاظ قولان، قال في «القديم»: ظاهره الجماع إلا أن يريد عين الجماع بقوله لا أجامعك وبه قال أحمد: وهذا لأنه ثبت فيه عرف الاستعمال، قال اللّه تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وقال في «الجديد»: هو كناية في الحكم وفيما بينه وبين اللّه تعالى، كقوله لاسونك فلا يكون إيلاءً في الحكم إلا أن يريد الإيلاء، وهذا لأنه حقيقة في غير الجماع لأن المباشرة من التقاء البشرتين وذلك أكثره فيما دون الفرج والقرب من المقاربة واللمس قد يكون بالبدن واليد ويخالف لفظ الجماع، لأنه اقترن به القربى الظاهر.

وقال القاضي الطبري: لفظ الإصابة من هذه الجملة والأصح أنه كناية في الحكم أيضاً لأن عرف الاستعمال لم يوجد في الإصابة أيضاً فلا يكون صريحاً، وهذا ذكره القاضي الماوردي، وقيل: هاهنا ضرب خامس: وهو ما لا يكون صريحاً ولا كناية كقوله لا وحشتك أو أخرتك أو ضربتك لا يكون شيئاً، وقال بعض أصحابنا بخراسان: لفظ الجماع صريح وهو من الضرب الأول قال وفي سبعة ألفاظ [٩١/ب] قولان: المباعلة والمباضعة والوطئ والدخول واللمس والمس والإصابة أحدهما: أنها صريحة. والثاني: أنها كناية، وفي لفظ القربان طريقان وقيل: قولان، وقيل: قول واحدٌ أنها كناية، والصحيح ما ذكرنا، وقال صاحب «الحاوي»: لو قال: لا وطئتك بذكري أو لا جامعتك بفرجي فيه وجهان، أحدهما: أنه صريح في الظاهر والباطن، والثاني: أنه صريح في الظاهر دون الباطن، لأنه يحتمل لا أطأك بفرجي دون الفرج لا أجامعك بذكري دون الفرج وفي ثلاثة ألفاظ: لا باضعتك لا باشرتك لا مسستك قولان، أحدهما: قاله في «القديم» هي صريحة في الظاهر كناية في الباطن يكون مولياً في حالين إذا أراد أو أطلق لا يكون مولياً في حال إذا لم يرد، والثاني: قاله في الجديد هي كناية في الظاهر والباطن وفي ثلاثة ألفاظ: لا أصبتك ولا غشيتك ولا لمستك طريقان، أحدهما: قولان، والثاني: قولٌ واحدٌ أنها كناية في الظاهر والباطن، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: قوله لا باضعتك صريح في الجماع لأنه مشتق من

البضع وهو الفرج فلا يحتمل غيره وهذا غلط لأنه يحتمل غيره لأن النبي ﷺ قال: «فاطمة بضعة مني»[١] وأراد قطعة من بدني.

فرع

النية في ألفاظ الكنايات على ثلاثة أقسام، أحدها: أن ينوي الجماع دون المدة وهو في قوله لا لجمع رأسي ورأسك شيءٌ وقوله لا دخلت عليّ ولا دخلت عليك ونحو هذا، فإذا نوى به الجماع كان مولياً، وإن لم ينو مدةً لأن إطلاق هذا يقتضي التأبيد، والثاني: أن ينوي المدة دون الحمل وهو قوله [٩٢/أ]: ليطولن تركي جماعك فإن نوى بالطول أكثر من أربعة أشهر كان مولياً وإلا فلا، ولا يحتاج إلى أن ينوي الجماع لأنه صرح به. والثالث: أن ينوي الجمع والمدة جميعاً فلا يكون مولياً ما لم ينويهما وهو قوله لتطولن غيبتي عنك ونحو هذا.

فصل

قال في «الأم»: لو قال: والله لأجامعنك إلَّا جماع سوء قلنا: فسر فإن قال: أردت الوطئ في الدبر فهو مولي لأنه حلف لا يطأها في القبل، وإن قال: أردت بالسوء القدر الذي لا يبلغ التقاء الختانين كان مولياً أيضاً، وإن قال: أردت بالسوء وطئاً ضعيفاً لكنه يجاوز التقاء الختانين لم يكن مولياً.

فرع

لو قال: والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن مولياً بحال سواء فسره بالوطئ في الدبر أو بالوطئ الذي لا يبلغ التقاء الختانين، أو بالوطئ الضعيف لأن كل هذا ما منع نفسه به عن الوطئ الذي تخرج به عن حكم الإيلاء.

فرع آخر

لو قال: والله لا أغتسل منك أو لا أجنب منك سئل فإن قال: أردت به أني لا أنزل منك وأنا أرى أن لا يجب الغسل من التقاء الختانين لم يكن مولياً في الحكم لأنه لم يحلف على تركه الوطئ، وإنما حلف على ترك الإنزال، وإن قال: أردت أن أصيبها فلا أغتسل

---

(١) أخرجه البخاري في المناقب، باب مناقب قرابة رسول الله ومنقبة فاطمة بنت النبي ﷺ (٣٧١٤) ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ (٢٤٤٩) والترمذي في المناقب عن رسول الله، باب ما جاء في فضل فاطمة بنت محمد (٣٨٦٩).

منها حتى أصيب غريها فاغتسل منه قال الشافعي: دين أيضاً يريد به أنه لا يكون مولياً في الحكم، وإن قال: أردت أن أصيبها لا أغتسل منها، وإن وجب عليَّ الغسل، قال الشافعي: لم يدين في القضاء ودين فيما بينه وبين اللّه تعالى، وإنما لم يقبل في القضاء لأنه تأول فاسدٌ. [٩٢/ب]

مسألة: قال: ولو قالَ: واللّهِ لا أجامعكِ في دبركِ فهو محسنٌ[١].

إذا قال واللّه لا أجامعك في دبرك لا يكون مولياً ويكون محسناً بهذه اليمين لأن عليه أن يمتنع منه، وهكذا لو قال: واللّه لا أجامعك في الموضع المكروه، وحكيَ عن مالك أنه مولي وهو غلط غلط عليه لأن الصحيح أنه رجع عن أباحه اتيان النساء في أدبارهن.

مسألة: قال: ولو قال: واللّه لا أقربكِ خمسةَ أشهرٍ ثم إذَا مضتْ خمسةَ أشهرٍ فواللّه لا أقربكِ سنَة.

الفصل

الأصل فيه أنه إذا أطلق الإيلاء بتربص أربعة أشهر وتوقف للفي أو الطلاق، فإن فاءَ فقد وفاها حقها، وإن أطلق نظر فإن كان الطلاق بائناً فلا كلام، وإن كان رجعياً نظر فإن لم يراجع حتى بانت فلا كلام، وإن راجع لم يحسب عليه هذه المدة وتضرب المدة من حق راجع، فإذا مضت أربعة أشهر وقف ليفي أو تطلق وعلى هذا أبدا حتى يفنى طلاقه، فإذا أثبت هذا رجعنا إلى مسألة الكتاب وهي: إذا قال: فواللّه لا أقربك خمسة أشهر فإذا انقضت فواللّه لا أقربك سنة فهما يمينان مطلقان الأولى مطلقة معجلة والثانية: يمين نصفه فهي لقوله: إذا جاء رأس الشهر فواللّه لا أقربك سنةً يكون صحيحاً والحكم فيهما أنه مريض، فإذا مضت أربعة أشهر طولب بالنية أو الطلاق، فإن فاء وهو أن يطأها فقد وفاها حقها من هذه اليمين وسقطت اليمين الحنث، وإن دافع حتى انقضت خمسة أشهر فقد عصى يمنع الحق ولكنه قد بطل حكم الإيلاء الأول، وإن طلق فقد وفاها حقها أيضاً من هذه اليمين، فإن لم يراجع بانت وإن راجع لم يلزمه فيما بقي [٩٣/أ] من مدة اليمين شيء فيزول حكمها أعني حكم الإيلاء لأن حكم اليمين من حيث الكفارة باقٍ في مدة الشهر الخامس حتى إذا وطئ فيه تلزمه الكفارة.

فإذا انقضت المدة الأولى وهي خمسة أشهر فقد دخل وقت اليمين الثانية فيوقف أربعة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٣٤٦).

أشهر، ثم إن وفاها فقد وفاها حقها، وإن دافع حتى إذا مضت السنة خرج من حكم الإيلاء، وإن طلق نظر فإن تركها حتى انقضت العدة بانت، وإن راجع لم تحسب عليه المدة إلى حين المراجعة لأنها جارية إلى بينونة ثم ينظر إلى ما بقي من السنة، فإن بقي مدة التربص وهو أكثر من أربعة أشهر تربص ووقف بعد انقضائها، وإن كان قد بقي أربعة أشهر أو أقل زال حكم الإيلاء وبقي حكم يمينه فمتى وطئها قبل انقضاء السنة فقد حنث، وإن بانت منه بانقضاء العدة ثم نكحها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر فإن قلنا: تعود اليمين في النكاح الجديد وقفناهُ إذا مضت أربعة أشهر من يوم نكاحه، وإن ثلاثاً لا تعود اليمين بطل حكمه ولا كلام.

فرع

لو قال: والله لا أقربك خمسة أشهر، ثم قال عقيبه: والله لا أقربك سنةً فهو مولي بيمينين مدة أحدهما أطول من الأخرى فتتربص أربعة أشهر ثم يوقف فإن فاء خرج منهما وحنث فيهما وهل يلزمه كفارة واحدة أو كفارتان؟ قولان أحدهما: يلزمه كفارتان لأنهما يمينان. والثاني: يلزمه كفارة واحدة لأن الحنث فيهما وقع بفعل واحد، وكذلك لو قال: والله لا أطعم اليوم شيئاً ثم قال والله لا آكل الخبز ثم أكل بل يلزمه كفارة أو كفارتان على هذين القولين فإن طعم أولاً شيئاً غير الخبز ثم أكل [٩٣/ب] الخبز فعليه كفارتان قولاً واحداً، وإن أكل الخبز أولاً ثم شيئاً آخر لم يلزمه بالشيء الآخر كفارة، وفي الخبز القولان كما ذكرنا، وهذا إذا فاء في الأشهر الخمسة، فإن فاء في بقية السنة فعليه كفارة واحدة قولاً واحداً، وإن كان قد دافع حتى انقضت المدة بأن خرج من اليمينين، وإن كان قد طلق فإن لم يراجع فلا كلام، وإن راجع فإن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر وقف مرةً أخرى كما ذكرنا، وإلا زال حكم الإيلاء وبقي حكم اليمين في أنه إذا وطئ قبل انقضاء السنة يحنث ويلزمه الكفارة، ومن أصحابنا من قال في هذه المسألة: يكون بعد السنة بعد مضي خمسة أشهر كالسنة الأولى لأن الخمسة الأشهر قد تعلقت بها اليمين الأولة فلا تحمل الثانية على التكرار وهذا غلط لأن كل واحدة من اليمين لو انفردت كانت كعدتها عقيب الحلف، فكذلك إذا اجتمعت، وأما ما ذكره لا يصح لأن اليمين الثانية أفادت زيادةً في المدة وتعلق بها كفارة أخرى ويخالف المسألة الأولى لأنه علق يمينه بزمان بعد مدة فلم يتعلق بالحال.

فرع آخر

إذا قال: والله لا وطئتك سنةً ثم قال: والله لا وطئتك خمسة أشهر فهل تدخل الخمسة الأشهر في السنة وجهان أحدهما: تدخل فيها إذا تأخرت كما تدخل فيها إذا تقدمت

فقال: واللّه لا وطئتك خمسة أشهر ثم قال: واللّه لا وطئتك سنة فعلي هذا يكون إيلاء واحداً على سنةٍ واحدةٍ بعضها يمين واحدة وهي سبعة أشهر من أولها إن حنث فيها لزمة كفارة خمسة أشهر بعدها بيمينين إن حنث فيها فيه قولان أحدهما: كفارة. والثاني: كفارتان. [٩٤/أ] والثاني: إن الخمسة الأشهر لم تدخل في السنة بخلاف ما إذا تقدمت لأن له الزيادة على المدة وليس له النقصان من المدة، فإذا كان الثاني ناقصاً وليس له النقصان حمل على الاستئناف، وإذا كان الباقي زائلاً وله الزيادة حمل على التداخل فعلى هذا يكون مؤلاً سنةً وخمسة أشهر بيمينين وسئل يكون ذلك إيلاءً واحداً أو إيلاءين وجهان أحدهما: يكون إيلاءً واحداً يوقف فيه وقفاً واحداً ولا يجب عليه إذا وطئ في أحد الزمانين إلا كفارة واحدة لأن أحد الزمانين لم يدخل في الآخر، والثاني: وهو الأظهر إنهما إيلاءان مدة الأول منهما سنة ومدة الثاني خمسة أشهر ويوقف في كل واحد منهما ويضرب له مدة التربص ولا يفي وقفه في أحدهما عن وقفه في الآخر، فإن وطئ فيهما لزمه كفارتان.

فرع آخر

لو قال: واللّه لا أطأك ثلاثة أشهر، فإذا مضت فواللّه لا أطأك ثلاثة أشهر لم يكن مولياً، وإن قال ذلك عشرين مرة لأن كل يمين لم تزد مدتها على أربعة أشهر، ولذلك لو قال: واللّه لا أطأك أربعة أشهر فإذا انقضت فواللّه لا أطأك أربعة أشهر فإذا انقضت فواللّه لا أطأك أربعة أشهر لم يكن مولياً، وهل يأثم به إثم المولي؟ يحتمل وجهين، ومن أصحابنا من قال: يكون مولياً لأنه منع نفسه من الوطئ أكثر من أربعة أشهر بأيمان ولا فرق بين أن يمنع بيمين واحدةٍ أو بأيمان ولانه لا يمكنه الوطئ بعد أربع أشهر ألا لحنث في يمينه فكان مولياً وهذا لو لم يكن مولياً بهنَّ أدىٰ إلى أن تمنع من الوطئ أيد الحكم اليمين ولا يكون مولياً وهذا حسن ولكن الأول ظاهر المذهب [٩٤/ب] لأن اليمين الأولى لو انفردت لم يكن مولياً والحكم يتعلق بها دون غيرها فلا يصير مولياً بضم مثله إليه.

فرع آخر

لو قال: واللّه لا أطأك أربعة أشهر فإذا مضت فواللّه لا أطأك سنة يكون مولياً وفي ابتداء مدة الوقف وجهان أحدهما: بعد مضي أربعة أشهر إذا قلنا في المسألة السابقة بالوجه الأول والثاني يوقف من الأربعة الأشهر إذا قلنا هناك بالوجه الثاني.

فرع آخر

لو قال: واللّه لا أطأك أربعة أشهر فإذا انقضت فواللّه لا أطأك خمسة أشهر فإذا

انقضت فواللّه لا أطأك أربعة أشهر فيه وجهان أحدهما: يكون مولياً في الحال ويتربص به أربعة أشهر والثاني: لا يكون مولياً حتى تمضي أربعة أشهر ثم يصير مولياً ثم إذا مضت خمسة أشهر زال حكم الإيلاء.

فرع آخر

لو قال: واللّه لا أطأك أربعة أشهر وواللّه لا أطأك أربعة أشهر، ففي تداخل الزمانين وجهان أحدهما: يتداخلان حملاً على تكرار التأكيد فعلى هذا لا يكون مولياً لقصوره عن مدة الإيلاء. والثاني: لا يتداخلان ويكون مدة المنع ثمانية أشهر لكنها بيمينين فعلى هذا هل يجري عليه حكم الإيلاء؟ وجهان بناءً على الوجهين فيما لو قال: واللّه لا أطأك سنة وواللّه لا أطأك خمسة أشهر ولم يجعل أحد الزمانين داخلاً في الآخر هل يكون إيلاءً واحداً أو إيلائين؟ على وجهين، فإذا جعلنا ذاك إيلاءً واحداً جعلنا هذا مولياً، وإن جعلنا ذلك إيلاءين لم يجعل هذا مولياً لأن كل واحد من الزمانين يقصر عن مدة الإيلاء.

مسألة: قال: ولو قالَ: إنْ قربتكِ فعليَّ صومُ هذا الشهرِ كلّهُ لمْ يكنْ مولياً[1] [٩٥/أ].

الفصل

إذا قال: إن قربتك فلله عليَّ صوم هذا الشهر كله لم يكن مولياً قولاً واحداً، أما على قوله القديم فلأنها ليست يميناً باللّه، وأما على قوله الجديد فلأن المولي من لا يمكنه النية بعد التربص إلا بضرر وهذا يمكنه النية بعد التربص يعتبر ضرر لأنه إذا وطئ لم يجب عليه شيء بهذا القدر فإن الشهر قد فات فهو كما لو قال: إن وطئتك فللّه عليَّ صوم أمس لا يكون مولياً فإن قيل: أليس إذا قال: للّه عليَّ أن أصوم اليوم الذي تقدم فيه فلان انعقد نذره، وإذا قدم بالنهار لم يمكنه صوم ما مضى من النهار ثم يصح النذر بعد ذلك قلنا: لأنه يمكنه أن يصوم جميع اليوم وهو إذا عرف أنه يدخل غداً أصبح صائماً فإذا قدم أتمه فيكون الصوم من وقت القدوم واجباً، فأما الصوم في الشهر الماضي محال ولا سبيل إليه فافترقا، فإذا ثبت هذا الحكم نذره مراعى فإن لم يطأ حتى مضى الشهر انحل النذر، وإن وطئ قبل انقضاء الشهر وجد شرط نذره وهو نذر لجاج وغضب فيه قولان أحدهما: أنه يختر بين الوفاء بما قاله من الصيام، ومن أن يكفر كفارة اليمين وهذا قد بقي عليه بعض الشهر فأما نذره بصومه أو يكفر كفارة يمين وهو الذي نص عليه هاهنا، والثاني: يلزمه الوفاء بما قاله وبه قال أبو حنيفة، وقيل: فيه قول ثالث: يلزمه كفارة يمين فقط وهو اختيار القفال.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٥١).

فرع

لو نكر الشهر فقال: إن قربتك فللّه عليَّ صوم شهراً وسمى شهراً يأتي بعد أربعة أشهر مثل إن قال في أول رمضان: إن قربتك فللّه عليَّ أن أصوم محرم أو صفر كان مولياً على قوله الجديد لأنه لا يمنه الوطئ بعد أربعة أشهرٍ لا بلزوم شيء لأن الوفاء به ممكن إذا حنث فالحكم فيما يلزمه على ما ذكرنا [٩٥/ب] من الأقوال وعلى هذا لو قال: إن قربتك فعليَّ صوم هذه السنة فإن كان قد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر فهو مولي وإلا فلا، ولو قال: صوم سنةٍ كان مولياً.

فرع آخر

لو قال: واللّه لا أقربك إن شئت قال في «الأم»: لا يكون مولياً إلا أن تشاء فإن شاءت فهو مولي ولو قال: واللّه لا أقربك كلما شئت، فإن قال: أردت به كلما شئت أن لا أقربك فإني لا أقربك كان مولياً إذا شاءت، ولو قال أردت به أني إنما أقربك إذا شئت أنا فأما كلما شئت أنت فلا أقربك قال الشافعي لا يكون مولياً.

فرع آخر

لو قال: إن قربتك فعليَّ صوم الشهر الذي أطأك فيه كان مولياً على ما ذكرناه، فإن وطئها في شهرٍ لزمه بقية ذلك الشهر على قولٍ، وهل يلزمه صوم اليوم الذي وطئها؟ فيه وجهان بناءً على أنه إذا قال للّه عليَّ أن أصوم هذا اليوم هل يلزمه؟ وجهان أحدهما: يلزمه إلا أن لا يمكنه أن يصوم ذلك اليوم لأن الصوم لا يتبعض فيقضي يوماً، والثاني: لا يلزمه شيء ذكره القفال وهو صحيح ظاهر.

مسألة: قال: ولو قالَ: إنْ قربتكِ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً وقفَ، فإنَ فاءَ فإذا غابتَ الحشفة طلقتْ ثلاثاً، فإنْ أخرجهُ ثمَ أدخلهُ بعدَ فعليهِ مهرُ مثلِهَا

الفصل

لفظ القربان كناية وفي جميع المواضع التي ذكرها الشافعي وغيره لا على قصد أنه صريح أو كناية ولكنه أحسن في عبارة الجماع، فإذا ثبت هذا نقول: إذا حلفت بالطلاق الثلاث لا تقربها كان مولياً على قوله الجديد فيوقف أربعة أشهر، فإذا مضت يقال له: إما أن تختار الطلاق [٩٦/أ] أو اختار الفيء، فإن اختار الطلاق فطلقها طلقة رجعية فقد وفاها حقها لهذا التربص ثم ينظر فإن تركها حتى انقضت عدتها بانت وسقط الإيلاء، وإن راجعها استأنف التربص ثانياً لأنه لا يمكنه الفعل بعد التربص إلا بضرر أيضاً وعلى هذا حتى

يستوفي عدد الطلاق ثم إذا نكحت زوجاً آخر ثم عادت إلى الأول هل يعود الإيلاء في القديم؟ قولان، وفي «الجديد» لا يعود قولاً واحداً، وإن اختار الفيئة فالمذهب المنصوص إن له ذلك.

وقال ابن خير: إن وحده ليس له ذلك ويكلف الطلاق لأنه إذا أولج في فرجها حرمت عليه فلم يجز الإقدام عليه كالصائم إذا تحقق بخبر صادق أنه لم يبق إلى طلع الفجر إلا قدر إيلاج الذكر دون إخراجه حرم عليه الإيلاج، وإن كان في زمان الإباحة بتحريم ما بعد الإيلاج في زمان الحظر وهذا غلط لأن الإيلاج يصادف الزوجية ثم تبين بعد حصول الإيلاج، ولو قال له رجل: ادخل داري ولا تقم فيه استباح الدخول بالإذن، وإن وجب عليه الخروج لمنعه ويكون الخروج،وإن كان في زمان الحظر مباحاً لأنه نزل لذلك هاهنا ولا يؤاخذ بما لا يدخل تحت القدرة عن زيادة الحشفة.

وأما الصائم إذا أخبره بنى فيه وجهان أحدهما: لا يحرم عليه الإيلاج وجوده في زمان الإباحة، وإن كان النزول في زمان الحظر وعليه جماعة من أصحابنا، والثاني: يحرم عليه، والفرق أن التحريم قد يطرأ على الصائم بغير الإيلاج فجاز أن يحرم عليه الإيلاج والمولى لا يطرأ عليه التحريم بغير الإيلاج فلم يحرم عليه الإيلاج، فإذا تقرر هذا فإذا أولج قدر الحشفة وقع الطلاق وخرج من حكم الإيلاء فإن أخرج [٩٦/ب] في الحال لم يلزمه بالإخراج شيء لأنه لم يتجاوز إلى محظور فهو كما لو أحرم لابساً للمخيط ثم نزع عقيب الإحرام لا فدية عليه، ثم إن أولج ثانياً قال أصحابنا: إن كانا عالمين بوقوع الطلاق بالإيلاجة الأولى وتحريمها عليه كانا زانيين ويلزمهما الحد، وإن كانا جاهلين كان وطء شبهة فيجب مهر المثل ولا حد ووجه الشبهة فيه أنه يجوزان بجهلاً ويعتقدا أن الإيلاجة الثانية مع الأولى وطئ واحد لأن الوطئ هو الإدخال والإخراج وهذا اختيار القفال والقاضي الطبري وجماعةٍ وهو القياس والصحيح، وقال أبو حامد: ظاهر المذهب أنه لا يلزمهما الحد، وإن كانا عالمين لأنه نص فقال: إن أخرجه ثم أدخله بعد فعليه مهر مثلها ووجه أن هذا الفعل في العادة كالجماع الواحد وكان تحليل أوله شبهة في تحريم آخره، وهذا لا يصح لأنه إيلاج مستأنف بعد العلم بالتحريم فلا يتعلق حكمه بالأول وتأويل نص الشافعي في الجاهل: وقيل: إن قضى وطرة بالأول يلزم المهر بالثاني وإلا فلا، فإذا قلنا: لا حد فلها المهر ويعزر، وإذا قلنا: يلزم الحد وكانا عالمين لا يلزم المهر لها، وإن كانا جاهلين عزرا ويلزم المهر لها، وإن كانت الإيلاجة الثانية مع الإيلاجة الأولى منسوبتين إلى وطئ واحدٍ لأنه لما تميزت الأولى عن الثانية في التحريم حتى حلت الأولى وحرمت الثانية تميزت في المهر، وإن كانتا من وطئ واحدٍ ولهذا لو تكرر الوطئ في نكاح مائة مرةٍ لم يجب إلا مهر

واحد، ولو اختلف حكمه بأن وطئ مرةً بنكاح ومرةً بشبهة تميز حكمهما ووجب مهران ثم الإيلاجة الثالثة والرابعة في حكم الثانية لاستواء الكل [٩٧/أ] في الحكم، وإن كان الرجل عالماً والمرأة جاهلة أو عالمةً ولكنها لا تقدر على دفعه يلزم المهر لها وفي حده وجهان، وإذا كان الرجل جاهلاً والمرأة عالمةً به ففي وجوب الحد عليها وجهان، والمهر على هذين الوجهين، وقد ذكرنا من قبل أن حكمه الحد معتبر بكل واحد منهما وحكم المهر معتبر بهما وحكم النسب والعدة معتبر به وفي تحريم المصاهرة وجهان.

قال القفال: عندي أنه معتبر به فإن كان عالماً فماءه فاسد لا يثبت به تحريم المصاهرة في الجانبين ولا تحرم عليه أمها وابنتها ولا تحرم على أبيه وابنه، والوجه الثاني: يعتبر بكل واحد منهما ويثبت عند الشفعة في إحداهما، وإن مكث على ذلك أو أكمل الإيلاج فقد أساء ولا حد عليه سواء كان عالماً أو جاهلاً وسواء استدام حركة الوطئ حتى أنزل أو لم يستدمها حتى أخرج لأنها إيلاجة واحدة أولها مباح وآخرها فلا حد لاجتماع التحليل والتحريم في الفعل الواحد شبهة يدرأ بها الحد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يلزمه الحد كما يلزمه كفارة رمضان إذا مكث مجامعاً وهذا غلط وهل يلزمه المهر، ظاهر قوله هاهنا أنه لا مهر عليه لأنه قال: فإن أخرجه ثم أدخله بعد فعليه مهر مثلها فدل على أنه إذا لم يفعل هكذا ومكث لا يلزمه شيء، ومن أصحابنا من قال: يلزمه المهر لأنه قال في كتاب الصيام إذا طلع الفجر وهو مجامع فمكث أفسد صومه وقضى وكفر فجعل المكث كالابتداء في وجوب الكفارة وهذا هو القياس، ومن اختار القول الأول فرق بأنها إيلاجة واحدة لا يتميز حكمها فإذا لم يجب بابتدائها مهر لم يجب باستدامتها مهر والكفارة في الصوم تتعلق بشيئين الزمان والاستدامة فلما كان [٩٧/ب] الزمان معتبراً جاز أن تميز به حكم الابتداء وحكم الاستدامة ولأن إيجاب المهر هاهنا بالاستدامة يقضي إلى إيجاب مهرين بوطء واحد وهو أن تكون مفوضة غير مدخول بها فيجب لها بالتقاء الختانين مهر وباستدامة الإيلاة مهر آخر وهذا لا يجوز، والكفارة لا توجب إلا واحدة فافترقا وقيل في الكفارة والمهر قولان على سبيل النقل والتحريج وليس بشيء.

مسألة: قال: وإنْ أبىٰ أن يفيءَ طُلقَ عليهِ واحدةٌ[١].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٥٦).

الفصل

كل من ألى إيلاءً شرعياً كان له التربص أربعة أشهر لا يتوجه عليه فيهن مطالبة بنية ولا طلاقٍ، فإن فعل ذلك فقد قدم حقاً لم يجب عليه قبل..... وإن لم يفِ لم يطلق حتى تنقضي المدة، فإذا انقضت وقفناه وطالبناه بالنية أو بالطلاق، فإن فاء انحلت الإيلاء أو زالت اليمين لأنه قد حنث فيها، وإن طلق طلقة واحدةً فقد وفاها حقها لهذا التربص، فإن لم يفِ ولم يطلق فالسلطان لا مدخل له في النية ولكنه هل يطلق عليه، قال في «الجديد»: يطلق عليه وبه قال مالك وأحمد في روايةٍ، وقال في «القديم»: فيه قولان، أحدهما: هذا، والثاني: لا يطلق عليه بل يضيق عليه حتى يكون هو الذي يطلق وهو ضعيف والدليل على بطلانه أنه حق لمعين تدخله النيابة، فإذا امتنع من إيفائه يستوفيه الحاكم كسائر الحقوق، وإذا قلنا: أنه لا يطلق الحاكم يحبس ويعزر حتى يطلق، فإذا طلقها طلقة فقد وفاها حقها لهذا التربص، فإن زاد على طلقةٍ واحدةٍ فقد تطوع بالفضل، وإذا قلنا: يطلق عليه السلطان فلا يزيد على طلقة واحدةٍ لأنه لا ينوب عنه في أكثر مما يجب عليه [٩٨/أ] سواء طلق هو أو السلطان فإنها طلقة رجعية إذا كان بعد الدخول ثم ينظر، فإن لم يراجع فلا كلام وإن راجع ضربت له مدة أخرى من حين الرجعة، فإذا انقضت وقفناه فإن فاء أو طلق وإلا طلق على ما ذكرناه، ويفعل كذلك حتى ينقضي طلاق ذلك الملك ثلاثاً، وقال أبو ثور يطلق القاضي تطليقة ثانية لأنها فرقة لدفع الضرر فسائه فرقة العنة وهذا غلط لأن ذلك فسخ وليس بطلاق وهذا طلاق مجرد صادق اعتداد لم يستوفِ عدده فلا يخلو عن الرجعة، فإن قيل: خالفتم نص القرآن لأن اللّه تعالى ضرب المدة للمولى أربعة أشهر وأنتم تضربون له ثلاث مدد إذا كان اطلاق رجعياً، قلنا: أمر اللّه تعالى ضرب المدة في الابتداء أربعة أشهر ونحن نقول به فأما بعد الرجعة والطلاق فلم يذكر اللّه تعلى ولكنا قسنا على الابتداء.

مسألة: قَال: ولو قَالَ: أنتِ عليَّ حرامٌ يريدُ تحريمَها بلَا طلاقِ أو اليمينَ بتحريمَهَا فليسْ بمولي.

إذا قال لها: أنت عليَّ حرام ونوى تحريمها بلا طلاق أو اليمين بتحريمها لا يكون مولياً لأنه يتعلق فيه الكفارة باللفظ، وإذا وطئها لم يلزمه شيءٌ والمولي من يخشى بالوطء لزوم شيء، ولو قال: إن وطئتك فأنت عليَّ حرام يصير مولياً لأنه أي وقت وطئها يلزمه الكفارة سواء قلنا: أنه صريح في إيجاب الكفارة أو قلنا: أنه كناية وهو نوى التحريم وهذا على قوله الجديد، فأما قوله القديم لا يكون مولياً لأنه حلف بغير اللّه.

فرع

ولو قال: إن وطئتك فأمتي عليَّ حرام ونوى العتاق أو نوى تحريم عينها يكون مولياً أيضاً على هذا القول. [٩٨/ب]

فرع آخر

لو قال لها: أنت عليَّ حرام وقال: نويت أنها حرام عليَّ أن أصبتها فنيته قد خالفت ظاهر لفظه لأن ظاهر قوله أنت عليَّ حرام يوجب تعجيل الكفارة في الحال، ونيته أنها حرامٌ عليه إن أصابها يوجب تأخير الكفارة إلى الإصابة وهذا يحتمل يدين فيه لأن الكفارة حق الله تعالى وقد اعترف بالإيلاء وفيه حق للزوجة فوجب أن يصير بذلك مولياً، ومن أصحابنا من قال: لا يكون مولياً ولا يقبل قوله في الحكم وهذا غلط لما ذكرنا.

مسألة: قال: ولو قال: إذا قربتكِ فغلامي حرٌ عن ظهارِي إن تظاهرتْ لم يكنْ مولياً حتى تظاهرَ[١].

الأصل فيه أنه علق عتق عبده بشرطين إصابته وظاهره فإن بعد أعتق العبد، وإن وجد أحدهما لم يعتق، كما لو قال: إن دخلت الدار وأكلت الخبز فأنت حرٌ لا يعتق ما لم يدخل الدار ويأكل الخبز جميعاً، وإذا وجد الشرطان عتق العبد بعدم الظاهر على الإصابة أو الإصابة على الظهار وعلى كل حال فبهذا القدر من القول لا يكون مولياً لأنه يمكنه النية من غير ضرر، فإن العتق لا يقع لوجود أحد الشرطين ثم ينظر، فإن لم يصبها ولم يظاهر فلا كلام، وإن فعل ذلك لا يخلو إما أن يقدم الإصابة أو الظهار فإن قدم الإصابة خرج من الإيلاء وله الإصابة بعد هذا متى شاء من غير ضرر عليه فيه لأن عتق عبده بعد الإصابة يكون بشيء آخر وهو الظهار، فإن تظاهرت بعد ذلك عتق العبد لوجود الصفتين ولا خلاف بين أصحابنا أنه لا يجزيه عن الظهار، واختلفوا في تعليله فقال ابن أبي هريرة: إنما لم يجز لأنه يقع العتق بالحنث فلا يجوز عن شيئين حنث وظهار، وقال أبو إسحاق [٩٩/أ] وغيره: إنما لم يجز لأن إيقاع العتق تقدم الظهار وإنما يجوز العتق عن الظهار إذا كان الإيقاع متأخراً عن الظهار وهذا أصح.

وقد نص الشافعي في نظير هذه المسألة على مثل هذا التعليل فقال: ولو قال لعبده: أنت حر الساعة عن ظهاري إن تظاهرت كان حراً في الحال ولم يجزه إن تظهر لأنه لم يكن ظهار ولم يكن سبب منه ولم يقل أن العتق وقع بالحنث هذا إذا قدم الإصابة فإن قدم الظهار

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٥٩).

أولاً لم يعتق العبد ولكنه صار الآن على صفةٍ قد منع نفسه من جماعه بعد التربص إلا بضرر وهو عتق العبد فهل يكون مولياً أم لا؟ على القولين لأنها يمين بغير اللّه تعالى، فإذا قلنا: صار مولياً تربص أربعة أشهر، فإذا مضت طولب بالنية، فإن فاء عتق العبد بوجود الصفة ولم يجزه عن الظهار قولاً واحداً لما ذكرنا من التعليلين، فأما إذا تظاهر منها أولاً لزمته الكفارة، ثم قال: إن قربتك فغلامي هذا حر عن ظهاري صار مولياً في الحال، فإذا انقضت أربعة أشهر طولب فإن طلق فلا تفريع عليه، وإن وطئ فقد عتق العبد ويجزيه عن الظهار على قول أبي إسحاق لأنه اعتاق متأخر عن الظهار، ولا يجزيه على قول ابن أبي هريرة لأنه عتق وقع بالحنث، فإن قيل: فعلى قول أبي إسحاق ينبغي أن لا يكون مولياً لأنه لا ضرر عليه بعتق هذا العبد فإنه متى عتق وقع عن كفارته قيل: يكون مولياً على قوله أيضاً، لأنه وإن عتق عن ظهاره فقد لحقه الضرر لأن العبد تعين عليه فيه وقد يكون أعلى ثمناً من عبد يجزئه في الكفارة وقد يكون فيه معاني يستضر بعتقه لها لثقته وأمانته وطاعته له فلا يترك عن الضرر وكان مولياً. [٩٩/ب]

مسألة: قال: ولو قال: إن قربتكِ فللَّه عليَّ أن أعتقَ فلاناً عن ظهارِيٌ وهو مظاهرٌ لمْ يكنْ مولياً.

الفصل

إذا تظاهر منها ثم قال: إن قربتك فعليَّ أن أعتق هذا العبد عن ظهاري نقل المزني: أنه لا يكون مولياً وليس عليه أن يعتق عبده وعليه كفارة يمين وغلط في النقل لأن الشافعي ذكر هذه المسألة في «الأم» و«الإملاء» وقال فيهما: يكون مولياً لأنه إذا وطئها إما أن يلزمه عتقه أو ينتقل إلى كفارة يمين، وإذا خشى في الوطئ لزوم الغرم كان مولياً فإذا ثبت هذا ووطئها فهو بالخيار إن شاء أعتقه، وإن شاء كفر كفارة اليمين، لأنه نذر اللجاج فإن أعتقه عند أبي إسحاق يجزئه عن ظهاره وعند ابن أبي هريرة لا يجزئه عن ظهاره على ما ذكرنا، وإن كفر أولاً كفارة اليمين بقي العبد خالصاً يجوز عتقه عن الظهار قولاً واحداً.

واعلم أن المزني نقل وعليه كفارة يمين وهذا مشكل لأنه أوهم بعين الكفارة، ولو حملناه على هذا كان جواباً على القول المنصوص في كتاب الأيمان لا على قول التنجيز بين الوفاء والكفارة المنصوص في كتاب الإيلاء قبل هذه المسألة في قوله إن قربتك فعليَّ صوم هذا الشهر ويبعد أن يجب في الباب الواحد بمثل هذين القولين المختلفين، وإذا له هذا الإشكال بأن يقال معنى قوله وعليه فيه كفارة اليمين إن شاء، وإذا عتق العبد سقطت عنه الكفارة، ألا تراهُ قال: وليس عليه أن يعتق فلاناً ولو كان جواباً عليَّ بعين الكفارة لكان

يقول ولا يجزئه أن يعتق فلاناً عن كفارة اليمين.

ومن أصحابنا من تعصب للمزني، وقال هذا النقل صحيح وإنما نقله عن القديم إنه لا يكون مولياً [١٠٠/أ] بغير اليمين باللّه تعالى وهذا ليس بشيء لأن الشافعي لم يذكر هذه المسألة في «القديم» أصلاً، فإذا تقرر هذا اختار المزني أنه لا يكون مولياً ولا يلزمه عتقه ولا يلزمه كفارة اليمين أيضاً، وبه قال أبو حنيفة واحتج بأن يعين العتق الواجب في عبدٍ بعينه لا يلزم، وإذا لم يلزم لا يجب كفارة اليمين كما لو قال: للّه عليَّ أن أصوم يوم الخميس عن الصوم الذي عليَّ لم يكن عليه صوم يوم الخميس وأي يوم صامه جاز ولا معنى لهذا النذر حتى يلزمه كفارة كذلك هاهنا، وكذلك لو عين للصلاة الواجبة عليه وقتاً أو عين دراهم الصدقة الواجبة عليه من الدراهم لا يلزم ذلك بعينه، والجواب: أن الصوم إذا كان في الذمة لا يمكن تعليقه بالعين لأنه لا حق لعين اليوم فيه وللعبد حق في العتق فجاز أن يتعين فيه بتعيينه، وأيضاً تعلق العتق بعين العبد أكد من تعلق الصوم بعين اليوم، ألا ترى أنه إذا قال: للّه عليَّ أن أصوم يوم كذا، وفات ذلك اليوم صام في غيره، ولو عين العتق في عبدٍ بعينه فمات العبد لا يلزمه أن يعتق غيره ومن هذا قيل: إذا قال: للّه عليَّ أن أعتق هذا عن الواجب عليَّ يتعين، ولو قال: للّه عليَّ أن أفرق ذكاتي على هؤلاء الفقراء يتعين، ذكره القاضي الحسين.

مسألة: قال: ولو آلىٰ ثم قالَ لأخرىٰ: قدْ أشركتكِ معهَا فِي الإيلاءِ لم تكنْ شريكتَهَا.

في هذا الفصل ثلاث مسائل: أحدها: أن يولي منها باللّه تعالى ثم قال للثانية أشركتك معها في الإيلاء ونوى أنه آلى منها كما آلى من الأولى لم يكن مولياً من الثانية لأن [١٠٠/ب] الإيمان بالله تعالى لا تنعقد بالكناية كما لو قال: واللهِ لا دخلت الدار ثم قال: هذه اليمين لازمة لي في أكل الخبز لم يكن حالفاً على أكل الخبز.

والثانية: أن يولي منها بالطلاق فقال: إن أصبتك فأنت طالق ثم قال للأخرى: قد أشركتك معها، وقال أردت أن لا تطلق الأولى بالإصابة حتى ينضاف إلى إصابتها أصابتك أيضاً، فلا يصح ذلك ولا يكون مولياً من الثانية لأنه علق طلاق الأولى بصفةٍ فلا يجوز أن يضم إليها صفةً أخرى كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم قال: وإن أكلت الخبز أيضاً فالطلاق يتعلق بالدخول وحده كذلك هاهنا وقول الشافعي لم تكن شريكتها عاد إلى هاتين المسألتين.

والثالثة: أن يولي منها بالطلاق ثم قال للأخرى: قد أشركتك معها، وقال: أردت أني إذا أصبتك أيضاً طلقت الأولى أو طلقتِ أنت فيكون مولياً عن الثانية لا علق طلاقها بصفة

وتعليق الطلاق بالصفة يصح بالصريح والكناية بخلاف اليمين بالله تعالى فإنها لا تصح إلا بالصريح وعلى هذا لو قال: أليت منك بما إلى فلان من زوجته وكان فلان إلي من زوجته بالطلاق صح وكان مولياً. وقال القفال: إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لإمراةٍ له أخرى: أنت شريكتها لا يجوز سواءٌ أراد أنك إن دخلت الدار طلقت أيضاً، أو أراد إذا دخلت الأولى الدار وطلقت طلقتِ بالكناية.

مسألة: قال: ولو قالَ: إن قربتكِ فأنتِ زانيةٌ فليسَ بمولي[1].

الفصل

إذا قال هذا لا يكون قاذفاً [١٠١/أ] إذا قربها ولا يكون مولياً قبل أن يقربها لأن القذف معلقاً بالصفات لا يجوز لأن القذف ما تردد بين الصدق والكذب، وإذا كان محكوماً بكذبه لا يصح القذف وهذا محكوم بكذبه لأن من لم تكن زانية قبل وجود صفةٍ منه لا تصير زانية بوجودها وإنما يلزمه حكم الإيلاء إذا التزم بالقربان حقاً للّه تعالى وهاهنا لم يلتزم ذلك.

مسألة: قال: ولو قالَ: واللَّهِ لا أصيبتكِ سنةً إلا مرةً لم يكنْ مولياً.

الفصل

إذا قال: واللّه لا أصيبتك سنةً إلا مرة لم يكن مولياً في الحال لأنه لو قربها لم يلزمه شيء هذا هو المنصوص في الجديد، وقال في «القديم»: فيه قولان، أحدهما: هذا، والثاني: يكون مولياً لأنه لا يمكنه الوطئ إلا بضرر وهو انعقاد يمينه بالإمتناع من الوطئ وأصل القولين هو أنه إذا قال لأربع نسوة له: والله لا أقربكن كلكن، ففي الجديد ليس بمولي حتى يطأ ثلاثاً فيكون مولياً من الرابعة وفي «القديم» فيه قولان، أحدهما: هذا، والثاني: يكون مولياً في الحال منهم، وإن كان لا يحنث إلا بوطئ الأربع لأن وطي الأولى يقربه إلى الحنث، فإذا قلنا: بالقول الجديد وهو الصحيح فيطئ فصير كأنه حلف الآن فينظر فيما بقي من السنة، فإن كان أكثر من أربعة أشهر فهو مولي، وإن كان أقل فليس بمولي ولكن حكم اليمين قائم متى وطئها حنث.

فرع

لو قال: والله لا وطيتك سنة إلا يوماً لا يكون مولياً أيضاً كما لو قال إلا مرة، وبه

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٦٥).

قال أبو حنيفة، وقال زفر: يكون مولياً لأن اليوم المستثنى يكون من آخر السنة، كما لو قال: أحلقك بالثمن شهراً إلا يوماً كان اليوم من آخر الشهر وهذا غلط لأن اليوم [١٠١/ب] المستثنى منكر فلم تحيض بيوم دون يوم كما لو قال: لا أكلمك سنةً إلا يوماً كان له أن يكلمه إلى يوم شاء ويخالف مسألة الأجل، لأنه لو جاز له مطالبته في يوم قبل أخره بطل حكم التأجيل لأنه يسقط بقضاء الدين والوطئ هاهنا في يوم لا يمنع تعلق اليمين بما تقدمه.

مسألة: قال: ولو قال: إن أصبتُكِ فواللَّهِ لا أصبتُكِ لَم يكنْ مولياً حتىٰ يصيبَهَا.

الفصل

إذا قال: إن أصبتك فوالله لا أصبتك لا يكون مولياً ما لم يصيبها لأنه إيلاء بصفةٍ وهي إصابتها فلا يصير مولياً قبلها، فإذا أصابها يصير مولياً إذا دخلت الدار، وقال القفال: في هذه المسألة طريقان، أحدهما: أنها والمسألة الأولى على سواءٍ في الجديد قولٌ واحدٌ، وفي «القديم» قولان لأن الوطئ الأول يقربه إلى الحنث هاهنا أيضاً، والثاني: لا يصير هاهنا مولياً قولاً واحداً لأنه علق كونه مولياً بصفة فلا يصير مولياً قبل وجودها، قال: وهذا مبني على أنه إذا قال: إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي هل يعد اليمين بدخول الدار من أسباب كفارة الظهار حتى لو كفرنا عتق عن الظهار يعد اليمين، وقبل دخول الدار وانعقاد الظهار أجزاه عن كفارته أم لا؟ في المسألة وجهان، قال ابن الحداد: يجزيه ذلك فعلى هذا يصير مولياً هاهنا على أحد القولين، ويعد الوطئ الأول: من أسباب إيجاب الكفارة فيصير مولياً قبله، والثاني: لا يجزيه، والسببان للكفارة الظهار والعود، فأما اليمين فلا فعلى هذا السبب هنا الوطئ الثاني دون الأول [١٠٢/أ] فقبل الأول لا يكون مولياً قولاً واحداً.

مسألة: قال: واللَّهِ لا أقربكِ إلىٰ يومِ القيامةِ[١].

الفصل

إذا حلف لا يقربها لا يخلو إما أن يطلق أو تعلقه مدةً أو تعلقه بفعلٍ، فإن أطلق فقال: والله لا أطأكِ كان مولياً لأنه يقتضي التأبيد، وكذلك لو قال: أبداً أو قال ما عشت أو عشتِ أو عشنا لأنه هو الأبد في حقها، وإن علقه بمدةٍ محدودة نظر فإن زادت على أربعة أشهر كان مولياً، وإن كانت أربعة أشهر فما دونها لا يكون مولياً على ما ذكرنا، وإن

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٦٧).

علقه بفعل فهو على خمسة أضرب ضربان منها يكون مولياً فيهما، أحدهما: أن يعلقه بما يقطع أنه لا يكون إلى أربعة أشهر كقوله: إلى يوم القيامة لأن صاحب الشرع أخبر أن بين يدي الساعة إمارات وأشراطاً تزيد مدتها على أربعة أشهر، وهكذا لو قال: لا أطأك حتى أخرج إلى اليمين وهو بالعراق. والثاني: أن يعلقه بما لا يقطع به أنه لا يكون إلى أربعة أشهر ولكنه يغلب على الظن أنه لا يكون إلى ذلك الوقت كنزول عيسى ابن مريم صلى اللّه على نبينا وعليه وسلم وخروج الدجال والدابة وطلوع الشمس من مغربها فيكون مولياً هاهنا أيضاً أحداً بغالب الظن، ومن أصحابنا من جعل أشراط الساعة كلها كالقيامة في أنه يكون مولياً قطعاً لأن لها إمارات منذوره كالقيامة تأخر قبل وجودها عن مدة التربص. وقال القاضي الماوردي الصحيح من إطلاق الوجهين فيه أن يقال: ما صحت به أخبار الأنبياء أنه يترتب فيكون بعضها بعد بعض كنزول عيسى ابن مريم ﷺ يكون بعد ظهور الدجال كان إيلائه إلى نزول عيسى ﷺ قطعاً وإيلاؤه إلى ظهور الدجال [١٠٢/ب]

فغلبه الظن لجواز حدوثه قبل أربعة أشهر، وما لم يترقب منها فهو مولٍ بغلبة الظن دون القطع، وهذا من الإخلاف الذي لا يفيد؛ لأن موجب الإيلاء فيما لا يختلف.

ومن أصحابنا من قال: قوله: «حتى أموت، أو تموتي، أو يموت زيد» من هذه الجملة؛ لأن الناس يستبعدون بعضهم موت بعض، ويقصدون بمثل هذا التأبيد والتبعيد وهو ظاهر المختصر، ذكره القفال، والقاضي الطبري وجماعة.

ومن أصحابنا من قال: هذا صحيح في قوله: «حتى تموتي أو أموت، لأنه عبارة عن التأبيد، إذ لا يتصور الوطىء بعد موت أحدهما، ولو أطلق التقت بمدة حياتهما، فأما إذا قال: حتى يموت فلان فلا يكون مولياً، كقوله: حتى يقدم زيد لتردد حاله بين الموت والبقاء، ولو كان إيلاء الزوجين مطلقاً لم يتقدم بموته. وقيل: إن كان زيد في مرض مخوف لم يكن مولياً قولاً واحداً؛ لأن الظاهر من حاله موته قبل مدة التربص لإمارات الموت، وإن كان زيد صحيحاً أو في مرض غير مخوف، فيه وجهان على ما ذكرنا أن الظاهر بقاؤه إلى مدة التربص، وهذه الصلة موجودة هاهنا، والدليل على صحة هذه الصلة أنه لو قال: إن أصبتك فعبدي حر كان مولياً، وإن جاز أن يموت عنده أو يبيعه قبل مدة التربص فلا يكون مولياً، ولكن علينا حكم الظاهر مع جواز خلافه كذلك هاهنا. وثلاثة أضرب منها لا يكون مولياً فيها: أحدها: أن يعلقه بما يقطع أنه يكون قبل أربعة أشهر ويجوز أن يزيد عليها مثل أن يقول: حتى تقدم القافلة، والغالب أنها تدخل إلى أيام، فإنها قد قربت من البلد. والثالث: أن يعلقه على ما يجوز وجوده من أربعة أشهر، ويجوز أن يتأخر، وليس أحدهما بأولى من الآخر، مثل أن يقول: حتى يقدم زيد ولا يعرف موضعه [١٠٣/أ] أو يقول: حتى

أمرض، أو تمرضي، أو يمرض زيد، أو يشاء فلان فلا يكون مولياً، وإن امتد ولم يحصل ذلك إلى أربعة أشهر؛ لأنه لم يقصد الإضرار بها بيمينه، وإنما يكون مولياً إذ كان الغالب الإضرار بها في حال اليمين. ومن أصحابنا من قال: الأمر في هذا موقوف، فإن مضت أربعة أشهر ولم يحصل ذلك بان أنه كان مولياً، ذكره القفال. ثم اعلم أن المزني ذكر فطام الولد مع نزول عيسى بن مريم ﷺ و يوم القيامة، وموته أو موتها وسوى بين الجميع، وقال: يكون مولياً. وقال في موضع آخر: حتى تفطمي ولدك لا يكون مولياً. قال أبو إسحاق: لا نعرف للشافعي في الفطام مما نقله المزني، والذي نص عليه من كتبه أنه لا يكون مولياً، ومن أصحابنا من تأوله وقال: إذا كان المولود ضعيفاً على صفة الغالب أنه لا يبقى ولا يعيش حتى يرضع أكثر من أربعة أشهر يكون مولياً، وإن كان المولود قوياً يكفيه أقل من ذلك لا يكون مولياً، فالقولان على هذين الحالين. ومنهم من قال: إنه علق اليمين على مدة الفطام وقد بقي إلى مدة الحولين أكثر من أربعة أشهر كان مولياً، وإن علق بفصل الفطام نفسه لا يكون مولياً؛ لأنها قد تفطمه قبل أربعة أشهر إذا أمكن ذلك، فالقولان على هذين الحالين. ثم اختار المزني أنه لا يكون مولياً في قوله: «حتى يموت فلان» كما لا يكون مولياً في قوله: «حتى يقدم فلان» لاحتمال كونه قبل أربعة أشهر، وقد بينا الفرق بينهما، هو أن الموت مستبعد عند الناس بخلاف القدوم من مسافة قريبة.

ومن أصحابنا من قال: في قوله: «حتى يقدم فلان» إن كانت عادته أنه يقدم من سنة إلى سنةٍ مع الحجاج كان مولياً اعتباراً بغالب العادة كالموت سواء.

قال: وقد قال الشافعي: [١٠٣/ب] «حتى تحبلي فليس بمولٍ» قلنا: فيه ثلاث مسائل: أحدهما: أن تكون شابة تحيض وتطهر ولا يكون مولياً؛ لأنه يحتمل أن تحبل قبل أربعة أشهر في الغالب، والحبل قد يكون من دون الوطيء باستدخالٍ. والثانية: أن يكون لها تسع سنين، فهذه يحتمل أنها تحبل على أربعة أشهر، ويحتمل غيره، والغالب أنها لا تحبل في العادة فيكون مولياً. والثالثة: أن تكون صغيرة لم تحض، أو كبيرة قد يئست من الحيض، فهذه قد يقطع أنها لا تحبل إلى أربعة أشهر فيكون مولياً.

وقال في «الحاوي»: قال أبو حامد في المراهقة: يكون مولياً؛ لأن الظاهر تأخر البلوغ، وتأخره مانع من الحبل. والصحيح عندي لا يكون مولياً؛ لأن بلوغ المراهقة يمكن كحبل البالغة ممكن وليس أحد الأمرين بأغلب من الآخر، وإذا أمكن بلوغها أمكن حبلها.

وقال بعض أصحابنا: ذكر المزني مسألة القدوم والفطام مع يوم القيامة ونزول عيسى وهذا مشكل؛ لأن مسألة القدوم والفطام على ما ذكرنا من التفصيل، وإزالة هذا الإشكال أن

يقال: هذا الجواب الذي أطلقه الشافعي جواب مستقيم في جميع هذه المسائل، وهو إذا مضت أربعة أشهر قبل يكون شيء مما حلف عليه يكون مولياً، غير أنه أراد بمطلق كلامه في بعض هذه المسائل يكون مطالبها لحكم الإيلاء بعد أربعة أشهر مع العلم بأنه عقيب اليمين كان مولياً لا على معنى التوقف والتبيين، وهي مسألة القيامة وخروج الرجال، وفي بعضها يكون مطالباً بعد أربعة أشهر بحكم الإيلاء، وحين تتوجه المطالبة يعلم أنه مول من وقت اليمين على جهة التوقف والتبيين، وفي بعضها على غير جهة التبيين، وهذا على الوجه الذي ذكره القفال [١٠٤/أ] على ما تقدم بيانه. ثم ذكر مسألة الفطام، وقال: قال في موضع آخر: لا يكون مولياً، وأوهم أن المسألة على قولين، ثم اختار أحد القولين فقال: هذا أولى بقوله؛ لأن أصله أن كل يمين منعت الجماع بكل حال أكثر من أربعة أشهر إلا بأن يحنث فهو مولٍ. وقوله هذا أولى يوهم أنه اختار من النصين في الفطام النص الثاني، وليس كذلك، بل اختيار النص الأول وهو أنه مولٍ فكأنه أشار بقوله هذا إلى المنصوص هاهنا، لا إلى المنقول عن الموضع الآخر فتأمل. وقد بينا أن المسألة ليست على قولين، بل هي على اختلاف حالين.

وقال في «الحاوي»: إذا علق الإيلاء بشوط فهو على ثمانية أقسام: منها ما كان مولياً به في الظاهر والباطن لاستحالته، كقوله: والله لا أصيبك حتى تصعدي السماء أو حتى تعدي رمل عالج، أو تشربي ماء البحر، وهو كالإيلاء المطلق هاهنا. والثاني: حكمه هكذا للقطع أنه سيكون بعد أكثر من أربعة أشهر، كقوله: حتى تقوم القيامة. والثالث: ما كان مولياً به في الظاهر، وإن جاز أن لا يكون مولياً في الباطن، كقوله: «حتى ينزل عيسى عليه السلام، أو حتى يظهر الدجال» على ما ذكرنا. والرابع: ما اختلف حكمه اختلاف حال الشرط، كقوله: «حتى يقدم زيد» على ما ذكرنا أنه يكون في مسافة كالصين أو قريبة. والخامس: ما يختلف باختلاف إرادته، كقوله: «حتى تفطمي ولدك» إن أراد الرضاع أو مدة الرضاع.

ومن أصحابنا من جعل هذا من القسم الرابع الذي يختلف باختلاف حالة لا باختلاف إرادته من كون الولد طفلاً لا يجوز قطع رضاعه [١٠٤/ب] قبل: أربعة أشهر، أو يكون مشتداً قوياً يمكن قطع رضاعته قبل أربعة أشهر، والأول أصح، وبه قال الجمهور؛ لأن قطعها لرضاعه ممكن وإن منع منه الشرع، والإيلاء متعلق بإمكان الفعل لا بجوازه في الشرع. وحكي عن مالك: لا يكون مولياً بكل حال؛ لأنه قصد منفعة الولد وهذا غلط؛ لأن الإضرار حاصل قبل اليمين فلا يعتبر غرضه، وعلى هذا لو علقه بما يمكنه فعله ولكن يمنع الشرع منه، كقوله: «حتى تقتل أخاك» لم يكن مولياً على معنى قول ابن سريج؛ لأنها تقدر

على قتله في الحال، وكان مولياً على قول غيره؛ لأن الشرع يمنع من قتله.

ومن هذا القسم: «حتى تخرج إلى الحج». فإن أراد زمان الخروج المعهود كان مولياً إذا بقي إليه أكثر من أربعة أشهر، وإن أراد به فعلها للخروج لم يكن مولياً. والسادس: ما يختلف باختلاف زمانه، كقوله: «حتى يسقط الثلج أو يجمد الهواء». فإن كان في الشتاء لم يكن مولياً، وإن كان في الصيف، فإن كان في آخره والباقي إلى الشتاء أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً، وإن كان من أوله كان مولياً. ولو قال: «حتى يجيء المطر» فمن أصحابنا من جعله في أول الصيف كالثلج يكون به مولياً لتعذره في الأغلب. ومن أصحابنا من قال: لا يكون به مولياً؛ لأن المطر قد يجيء في الصيف والثلج لا يكون في الصيف. وأما في البلاد التي يعهد فيها المطر صيفاً وشتاءً كبلاد طبرستان لا يكون مولياً فيها بلا خلاف.

والسابع: فلا يكون به مولياً لتكافؤ أحواله، كقوله: «حتى يبرأ هذا المريض أو يمرض هذا الصحيح أو تتعلمي الكتابة، أو يطلق فلان زوجته» لا يكون مولياً. والثامن: ما لا يكون به مولياً لكونه قبل أربعة أشهر، [١٠٥/أ] كقوله: «حتى تذبل هذه البقلة، أو يحمص هذا العجين، أو تنضج هذه القدر» ونحو ذلك.

مسألة: قال: «ولو قالَ: واللَّهِ لا أقربكِ إنْ شئتِ فشاءتْ فِي المجلسِ فهوْ مولي»[١].

إذا قال لها: والله لا أقربك إن شئت فقد علق «الإملاء» بصفة وهي مشيئتها أن لا يقربها، وانعقادها بأن يشاء بأن لا يقربها، فإذا ثبت هذا نظر، فإن لم تشأ أصلاً أو شاءت في غير زمان المشيئة لم ينعقد الإيلاء، وإن شاءت في وقت المشيئة انعقدت يمين ووقت المشيئة. قال الشافعي في «المجلس» واختلف أصحابنا فيه على وجهين. وقال أبو إسحاق: زمان المشيئة أن يكون كلامها جواباً لكلامه، كالقبول في البيع. وقول الشافعي معناه في مجلس المشيئة. ومن أصحابنا من تمسك بظاهره فقال: زمان المشيئة ما لم يتفرقا عن مجلسهما، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم. وقال مالك: لا يكون مولياً، وهذا غلط، لأنها غير مختارة لبقائه عليه والتمسك به، فكان مولياً لهذا، ويقول باختيارنا لا يسقط حقها، كما لو وقف بعد أربعة أشهر فقالت: رضيت بترك حقي لم يكن ذلك إسقاطاً لحقها حتى لها الرجوع إلى المطالبة بعد ذلك.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٧١).

فرع

لو قال: والله لا أقربك إلا أن تشائي، فإن شاءت في المجلس بحيث يكون جواباً لكلامه لم يكن مولياً، وإن شاءت بحيث لا يكون جواباً لكلامه يكون مولياً؛ لأن تقدير هذا الكلام: لا أقربك إلا أن تشائي بأن أقربك فأقربك، فإذا شاءت قربانها لم يكن عليه يمين في قربانها، وإذا لم تشأ في الحال كان عليه يمين في قربانها، فإذا قربها [١٠٥/ب] لزمته كفارة يمين، وعلى هذا لو قال: لا أقربك إلا برضاك لا يكون مولياً؛ لأنها متى طالبت بعد المدة والت الإيلاء؛ لأنه علقه برضاها وقد رضيت فزال الامتناع منه ووقت الرضا في هذه على التراضي.

فرع آخر

لو قال: والله لا أقربك إن شئت أن أقربك فقد علق عقد اليمين بشرط أن تشاء أن يقربها، وتقديره: إذا شئت أن أقربك فوالله لا أقربك، فإن وجدت هذه الصفة في زمان الخيار وانعقد الإيلاء وإلا فلا ينعقد كما ذكرنا في المسألة الأولى.

فرع آخر

لو قال: والله لا أطأك متى شئت، فهذه المشيئة على التراضي فمتى شاءت صار مولياً.

فرع آخر

لو قال: والله لا أطأك حتى تشائي نقل المزني عن الشافعي أنه لا يكون مولياً؛ بخلاف ما لو قال: إلا أن تشائي على ما ذكرنا، والفرق أنه يجعل في هذه غاية اليمين مشيئتها، وقد تشاء في الحال وقد لا تشاء، وإن كانت اليمين معلقة بفعل قد يوجد قبل مضي مدة الإيلاء وقد لا يوجد لم يكن مولياً بها، وإذا قال: إلا أن تشائي فإن يمينه مطلقه، وإنما استثنى فيها مشيئتها فإن لم توجد المشيئة كان اليمين على إطلاقها.

فرع آخر

ولو قال: والله لا أقربك إن شاء زيد لا يعتبر الفوز في مشيئة زيد بخلاف مشيئتها؛ لأنه إذا علق مشيئتها كان فيه تمليكها فروعي فيه الفور. وإذا علقه لمشيئة غيرها لم يكن فيه تمليكها فلم يراع فيه الفور، فمتى شاء زيد انعقد الإيلاء، وإن مات لم ينعقد الإيلاء؛ لأن الأصل عدم المشيئة.

فرع آخر

لو قال: [١٠٦/أ] والله لا أقربك حتى أخرجك إلى بلد كذا، فإن كان على مسافة أكثر من أربعة أشهر كان مولياً وإلا فلا.

فرع آخر

لو قال: لا أقربك حتى أهب عبدي كان مولياً؛ لأن في هبته إدخال ضرر عليه، كما لو قال: حتى أعتق عبدي.

فرع آخر

لو قال: لا أقربك حتى أبيع عبدي، فيه وجهان؛ أحدهما: أن يكون مولياً لتعليقه بزوال ملكه عنه فيستضر. والثاني: لا يكون مولياً؛ لأن الثمن الذي في مقابلته يمنع من دخول الضرر عليه، وربما يجد من يشتريه بأكثر من قيمته.

وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يقال: إن كان هذا العبد للتجارة لم يكن مولياً، وإن كان للقينة كان مولياً؛ لأن ما للتجارة بيعه مفيد، وما للقينة بيعه مضر.

فرع آخر

لو قال: إن وطئتك فلله عليَّ أن أطلق زوجتي لم يكن شيئاً، كما لو قال: داري وقف.

مسألة: قال: والإيلاءُ في الغضبِ والرضَا سواءٌ.

حكم الإيلاء في الغضب والرضا سواء، وهو في حال الرضا أشد عليها؛ لأنه امتنع من غير جرم. وقال مالك: لا إيلاء إلا في الغضب؛ لأنه لا يضاره في حال الرضا، وروي ذلك عن علي، وابن عباس رضي الله عنهما[1]، وهذا غلط لظاهر الآية ولم يفصل، لأنه يمين بالله تعالى فيستوي حكمها في الرضا والغضب كسائر الأيمان، وذكرنا عن مالك أنه إذا حلف للصلاح لأجل ولده لا يكون مولياً.

مسألة: قال: «ولو قالَ: واللَّهِ لا أقربكِ حتىٰ أخرجكِ من هذَا البلدِ لم يكنْ مولياً».

---

(١) أخرجه الطبري في تفسيره (٤١٩/٢).

الفصل

إنما لا يصير مولياً هاهنا؛ لأنه يقدر [١٠٦/ب] أن يخرجها قبل انقضاء أربعة أشهر ويفارق البنيان والمنازل فيزول الإيلاء ويرجع، ويفارق هذا إذا قال: إن قربتك فعبدي حر يكون مولياً، ويمكنه أن يبيعه ويطأها ولا يلزمه شيء؛ لأن في البيع ضرراً يلحقه؛ لأنه ربما يطلب بأقل من ثمنه، وإن اشتراه بعد البيع ربما لا يقدر عليه بذلك الثمن ولا ضرر عليه بإخراجها من البلد ولا يكون مولياً. وذكر أصحابنا بخراسان أن الأمر في مثل هذا موقوف، وأراد الشافعي أن لا يكون مولياً في الحال حتى يمضي أربعة أشهر، وقول الشافعي رحمه الله تعالى لا يجبر على إخراجها، وأراد في أثناء المدة فأما بعد انقضائها فقال: إن أردت أن لا تلزمك الكفارة فأخرجها وإلا فاقربها وكفر.

باب الإيلاء من نسوة[١]

مسألة: قال: «وإذا قالَ لأربعِ نسوةٍ عندهُ: واللَّهِ لا أقربكنَّ فهوَ مولٍ منهنَّ كلهنَّ».

الفصل

إذا قال لأربع نسوة: والله لا أقربكن فقد حلف أن لا يطأ الأربعة فلا يحنث إلا بوطئهن كلهن، كقوله: والله لا كلمت زيداً وعمراً وخالداً وبكراً لم يحنث حتى يكلم الكل، فإذا لم يحنث إلا بوطيء الكل فهو في الحال غير مولٍ؛ لأن المولي من لا يمكنه الفيئة بعد التربص إلا بضرر، وكل واحدة منهن لو طالبته بعد التربص فوطئها لم يحنث بوطئها، فإذا وطيء ثلاثاً صار الآن مولياً من الرابعة؛ لأنها هي التي يحنث بوطئها، فيضرب لها المدة، فإذا انقضت، فإما أن يفي أو يطلق. وقد قال الشافعي هنا: أنه لو قال: والله لا أقربكن فهو مولٍ منهن كلهن، يوقف لكل واحدة منهن. [١٠٧/أ] وليس هذا الكلام على ظاهره، بل الحكم ما ذكرناه. وقوله: «فهو مولٍ منهن كلهن» معناه: فهو حالف منهن كلهن. وقوله: «يوقف لكل واحدة منهن» أي: في الحالة التي يحنث بوطئها فيها أو معناه: إذا وطيء صاحباتها الثلاث.

فإذا تقرر هذا تكلم المزني على ظاهر كلام الشافعي، وقال: «لا يكون مولياً في الحال ما لم يطأ ثلاثة». قلنا: هو كما قلت، إلا أنك لم تنصف حتى ظننت به غير ما تأولناه، وقد قال: لو وطيء اثنتين منهن خرجتا عن حكم الإيلاء، ولم يحنث به. وقال في «الأم»: لو

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٧٤).

حلف لا أقرب امرأة له وامرأة أجنبية لم يكن مولياً من امرأته حتى يطأ الأجنبية»، فدل على أن أصل الشافعي ما ذكرناه. وبطل اعتراض المزني، وقال القفال وجماعة: هذا صحيح على أحد القولين في القديم ثم إن القرب إلى الحنث يوجب حكم الإيلاء؛ لأن وطء كل واحدة. هاهنا يقربه إلى الحنث، فيوقف لكل واحدة منهن بعد أربعة أشهر. وقيل: هذا مذهبه في الجديد أيضاً وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأحمد وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة على قولنا، ووجهه أنه منع نفسه من وطئهن بيمين الله تعالى فكان مولياً، كما لو قال: لا وطئت كل واحدة منكنَّ، وهذا لا يصح؛ لأن الشافعي نص على هذه المسألة في كتاب «الإيلاء» من «الأم» ومذهبه في إنما قربه من الحنث لا يصير به مولياً. وقيل: في المسألة قولان، والصحيح ما ذكرناه. فإذا تقرر هذا فرع الشافعي رضي الله عنه على أصل المسألة.

مسائل: أحدها: قال: «لو أصابَ اثنتينِ منهنَّ خرجتَا عنْ حكمِ الإيلاءِ».

وهذا لأنهما أمنتا من تأخير الوطء [١٠٧/ب] وتعلقت اليمين بالباقي، قال: فهو مولٍ منهما يوقف لهما، ومعناه: يوقف لمن يتعين الحنث بوطئها على ما ذكرنا، وعلى ما قال القفال معناه يوقف لكل واحدة منهما.

والثانية: قال: «لو طلق منهن ثلاثاً كان مولياً في الباقية» ومعناه: أن المطلقات خرجن عن حكم الإيلاء بالطلاق، والرابعة يجوز أن يكون مولياً منها إذا تعين الحنث في وطئها، بأن يتزوج بالمطلقات ويطأهن، أو يطأهن بشبهةٍ أو زنا، فلا يبقى إلا وطء الرابعة التي يحنث فيها.

والثالثة قال: «إذا ماتت واحدة منهن سقط عنه حكم الإيلاء»، وأراد به: أنه تنحل اليمين وتسقط؛ لأن وطء الميتة لا يتناوله اليمين ولا يتعلق به المهر والحنث، فإنه لو حلف لا يطأ زوجته فوطئها بعد موتها لم يحنث عند أصحابنا، بخلاف وطء المطلقة الأجنبية فإنه مقصود تتناوله اليمين فافترقا. ومن أصحابنا من قال: هذا إذا دفنت فلا سبيل إلى وطئها بحالٍ، لأنها تبلى وتتقطع أوصالها، وقبل الدفن لا يبطل حكم الإيلاء؛ لأن اسم الوطء يقع عليه ويجب العمل به، فكذلك الكفارة وهذا ليس بمشهور، وعلى المذهب المشهور قال أصحابنا تفريقاً: لو قال: إن قربتك فعبدي حر، فمات العبد أو باعه خرج من حكم الإيلاء. ولو قال: فعبدي حر قبل مجامعتي إياكِ بشهر، فإن مضى شهر حكم حينئذٍ بأنه مولٍ، فإن مضت أربعة أشهر أخرى وتكون من يوم اليمين خمسة أشهر يوقف؛ لأن حكم الإيلاء أن يلزمه أمر بالإصابة، ويكون ذلك اللزوم بعد أربعة أشهر، وما لم يتم خمسة

أشهر لو وطىء بان أن العبد عتق قبل تمام أربعة أشهر من يوم اليمين [١٠٨/أ] فلهذا لا يوقف في هذه الحالة. ولو باع العبد في الشهر الخامس في نصف الشهر مثلاً، ففي النصف الثاني يوقف، لكنه لو وطىء بان أن عبده كان عتق عليه قبل ذلك بشهر، وإذا دخل الشهر السادس وقفناه ما لم يمضِ من الشهر نصفه؛ لأنه لوفاء بان أن عبده عتق في النصف الأول من الشهر الخامس، وذلك حكم يلزمه بعدما تمت مدة الإيلاء من يوم اليمين، فأما في النصف الأخير في هذا الشهر وفيما بعد فلا يوقف وقد سقط حكم الإيلاء؛ لأنَّا إذا نظرنا إلى ما قبل ذلك بشهر كان ذلك بعد البيع أو الموت فلا يلزمه شيء، هكذا ذكره القفال. وقال غيره: لا يعتبر مضي خمسة أشهر من يوم اليمين، بل يكفي مضي أربعة أشهر وفيه نظر.

ثم أعلم أن المزني تكلم على المسألة الأولى فقال: إذا وطىء منهن اثنتين كيف يكون مولياً من الباقيتين على معنى أنه متى وطىء أحديهما كان مولياً من الثانية. ثم تكلم على المسألة الثانية فقال: إذا طلق ثلاثاً لا يكون مولياً من الباقيه إلا أن يطأ الثلاث سواها، قلنا له: صدقت وقد ذكرنا ذلك.

مسألة: قال: «ولو قالَ: واللَّهِ لا أقربُ واحدةً منكنَّ وهوْ يريدهنَّ كلهنَّ فهو مولٍ يوقفُ لهنَّ».

الفصل

إذا قال: والله لا أقرب واحدة منكن وهو يريد عن كلهن، أو طلق ولم ينو واحدة بعينها فهو مولٍ منهنَّ كلهنَّ لأن اليمين تعقلت بواحدة من الجماعة لا بعينها، فأي واحدة وطئها حنث وسقطت اليمين؛ لأنها لم تتناول إلا واحدة، ولو طلق واحدة أو اثنتين لم يبطل حكم الإيلاء من الباقيتين ولهما المطالبة؛ لأن اليمين باقية فيها. ولو أنه قال: والله لا أقرب كل واحدة منكنَّ كان مولياً من كل واحدة منهن [١٠٨/ب] بإيلاء منفرد كما لو أفرد كل واحد منهن بيمين منفردة؛ لأنه يحنث بوطىء كل واحدة منهن حنثاً يوجب الكفارة فنضرب له المدة للكل ويوقف فكل من طلقها فقد وفاها حقها من تلك المدة، وكل من وطئها إن حلت الإيلاء من حقها دون الباقيات، كما لو قال لأربعة أنفس: والله لا كلمت واحدة منكن يعلق الحنث بكلام كل واحد ولا تنحل اليمين في حق بعضهم بانحلالها في حق بعض كذلك هاهنا. وقال القاضي الطبري: هذا ذكره صاحب «الإفصاح»، ولم أرَ لغيره، فأما غيره من أصحابنا أطلقوا الجواب وقالوا: يكون مولياً منهن، ولكن إذا وقع الحنث مسقط الإيلاء في البواقي؛ لأنه حنث بإصابة الواحدة فلا يعود الحنث بعد ذاك.

وهذا الكلام يقتضي أن الحنث لا يقع في بعض اليمن دون بعض. وعلى هذا كما لو قال: والله لا أدخل هذه الدار وهذه الدار، ولو قال: والله لا أدخل كل واحدة من هذه الدارين فدخل واحدة منهما حنث وسقط اليمين، وهذا مذهب الشافعي دون ما قاله صاحب الإفصاح وهذا هو الصحيح، وذكره أصحابنا بخراسان. وأما ما ذكر إذا قال لأربعة أنفس: والله لا كلمت واحدة منكن، لا نسلم بل ينحل اليمين في حق بعضهم بانحلالها في البعض.

فرع

قال في «الأم»: لو قال: «والله لا أقرب واحدة منكن وعين بقلبه واحدة منهن دون غيرها فهو مولٍ من التي حلف عليها دون غيرها»، وظاهره يقتضي أن يقبل قوله في ذلك ظاهراً وباطناً، وبه قال أكثر أصحابنا. وقال أبو حامد: يقبل في الباطن فيما بينه وبين الله تعالى ولا يقبل في الظاهر؛ لأن الإطلاق يخالفه وهذا لا يصح؛ لأن قوله واحدة يحتمل المعينة ويحتمل غيرها ولا ظاهر في واحدة منهن فيقبل قوله في ذلك. [١٠٩/أ]

فرع آخر

لو قال: والله لا وطئت واحدة منكن وعين واحدة منهن وقد ذكرنا أنه تعيين الإيلاء فيها دون من سواها، ويرجع في التعيين إلى بيانه، فإن عين في واحدة وصدقه الباقيات تعتبر فيها، وإن كذبه الباقيات حلف لهن، فإن نكل حلفن وثبت فيهن حكم الإيلاء بنكوله وإيمانهن، ولو قال: لم أرد من هذه وهذه تعينت الثالثة للإيلاء إذا كنَّ ثلاثة.

فرع آخر

لو لم يكن تعيين واحدة منهن ذكرنا أن له أن يعين في واحدة منهن، وفي ابتداء المدة للوقف وجهان؛ أحدهما: من وقت اليمين، والثاني: من وقت التعيين كما قلنا في العدة في الطلاق إذا أوقعه في إحداهن لا بعينها، ثم يمينه في واحدة منهن هل تكون من وقت الطلاق أو من وقت التعيين؟ فيه وجهان.

فرع آخر

لو حلف بطلاق إحدى امرأتيه أن لا يطأ الأخرى وقد عين بقلبه من التي حلف بطلاقها فهاهنا امرأتان إحداهما محلوف بطلاقها، والأخرى مولٍ منها ولا يعرف ذلك، فإذا مضت المدة قال له الحاكم: بين، فإن لم يبين ولم يطلق ولم يفِ قال الحاكم طلقت عليك التي آليت منها، فإن قال: راجعتها ومضت مدة أخرى فكذا يفعل، ثم إن قال: راجعتها

ومضت مدة أخرى فهكذا يفصل، ثم نقول: بانت إحداهما منك بطلقات ثلاث فبينها، وحال بينه وبينهما حتى يبين، ذكره ابن الحداد. قال أصحابنا: هذا غلط بل يوقف ولا يطالب بشيء ما لم يبين؛ لأن المدعية غير معينة فلا تقبل دعوى الرجل لأن لأحدنا على هذا الرجل عشرة دراهم، ولا دعوة المرأة بأن الزوج مولٍ مني أو من صاحبتي، ولكن إن ادعت [١٠٩/ب] واحدة أنه آلى منها، فإن أقر وقف، وإن أنكر حلف، فإن لم يحلف حلفت هي ووقف لها على ما ذكرنا.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو كان له امرأتان فقال: إن وطئت إحداكما فالأخرى طالق ولم يعين فهو مولٍ عن إحديهما بغير عينها، وحالف بطلاق الأخرى فإذا انقضت أربعة أشهر قال له الحاكم: أنت مولٍ عن إحديهما فبينها والحكم على ما ذكرنا. ومن أصحابنا من قال: يكون مولياً منهما؛ لأن الشافعي قال: «لو قال لأربع نسوة: والله لا أقرب واحدة منكن مولياً من الجميع»؛ لأنه لا يمكنه أن يطأ واحدة منهن إلا بحنث كذلك هاهنا لا يمكنه أن يطأ واحدة منهن إلا بحنث من الأخرى وهذا أصح.

باب التوقيت في الإيلاء[1]

مسألة: قال: «ولا تعرضُ للمولي ولا لامرأتهِ حتىٰ يطلبَ الوقفَ بعدَ أربعةِ أشهرِ»

الفصل

إذا آلى من زوجته وضربنا له المدة وقف انقضائها، فإما أن يفي أو يطلق على ما ذكرنا، فإن قالت: قد رضيت وتركت المطالبة لم تسقط مطالبتها به؛ لأن اليمين باقية والإضرار من قبل الزوج موجود لإمكان رفعه وقدرته عليه، ولأنه يتجدد لها الحق في كل يوم، فكان بمنزلة امرأة المصنِّد إذا عفت عن نفقتها كان لها المطالبة. فإن قيل: أليس امرأة العنين إذا رضيت بذلك لم يكن لها أن تعود إلى المطالبة فما الفرق؟ قيل: الفرق أن العنة عيب في الزوج، فإذا رضيت بالعيب سقط حقها بخلاف هذا، فهو كما لو كان له على رجل دين فقال: تركت المطالبة، [١١٠/أ] كان له أن يرجع ويطالب لبقاء الحق. فإن تقرر هذا فإذا رجعت وطالبت لم تستأنف المدة؛ لأنها لم يوفها حقها من المرة الأولى. فإن قيل: ألا قلتم تستأنف له ضرب المدة كما قلتم فيه إذا راجعها بعدما طلقها أنه يستأنف له المدة؟

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٣٨٧).

قيل: الفرق أنه إذا طلقها فقد أوفاها حقها من هذه المدة، فإذا عاد الحق استؤنفت المدة، وأما إذا عفت لم تستوفِ حقها، بل تركت المطالبة فكان لها أن تطالب في الحال.

مسألة: قال: «وليسَ ذلكَ لسيدِ الأمةِ ولا يوليِّ معتوهةٍ».

هذا يحتمل أنه أراد الطلب بدليل بين المعتوهة والأمة، وإذا كانت معتوهة لم يتوهم منها الطلب ولا العفو، وجملته أنه إذا زوج أمته من رجل فآلى منها وانقضت المدة فالمطالبة للمرأة دون السيد، فإن تركت المطالبة فليس لسيدها المطالبة، لأن ذلك يتعلق بشهوتها ولذتها، فلم يكن لمولاها فيه حق، ألا ترى أنها لو عتقت عن القسم أو رضيت بالعيوب لم يكن له المطالبة به، ولو كانت معتوهة لم يملك المولى المطالبة ولكن يقال للزوج: قد وجب لها حق المطالبة وتعذر ذلك من جهتها، فاتق الله تعالى في الفيئة أو استيلادها، وإنما يجب عليه الوطىء دون الإنزال، ولو أراد أن يعزل الماء كان له فلا حق للسيل فية.

مسألة: قال: «ومن حلفَ علىٰ أربعةِ أشهرٍ فلا إيلاءَ عليهِ».

وقد ذكرنا شرح هذه المسألة فيما تقدم، لأن الضرر لا يتحقق بترك الوطىء فيما دون أربعة أشهر، والدليل عليه ما روي أن عمر بن الخطاب [١١٠/ب] رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول:

ألا طال هذا الليل وازور جانبه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني ... وأكرم بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر ـ رضي الله عنه ـ كم تصبر المرأة؟ قلن: شهرين وفي الثالث يقل الصبر، وفي الرابع ينفذ الصبر. فكتب إلي أمراء الأجناد: لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر[١]، وروي أنه قال لابنته حفصة ـ رضي الله عنها ـ كم تصبر المرأة عن زوجها؟ أتصبر شهراً؟ قالت: نعم، قال: شهرين؟ قالت: نعم، قال: ثلاثة؟ قالت: نعم، قال: أربعة أشهر؟ فسكتت، فكتب إلى أمراء الأجناد بذلك.

مسألة: قال: «ولو حلفَ بطلاقِ امرأتهِ لا يقربُ امرأةً لهُ أخرىٰ ثمَّ بانتْ».

---

(١) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٣/ ٢٢٠).

الفصل

إذا كانت له زوجتان زينب وعمرة، فقال لزينب: إن قربتك فعمرة طالق، لم يكن مولياً من عمرة؛ لأنه يمكنه وطئها متى شاءت بغير ضرر، فأما زينب فلا يمكنه وطئها إلا بضرر وهو طلاق عمرة، فيكون مولياً منها على قوله الجديد، فيضرب له المدة ويوقف، فإما أن يفي أو يطلق. فإن طلق نظر، فإن كان رجعياً فراجعها فالإيلاء بحاله، وإن أبانها بالطلاق ثم نكحها هل يعود الإيلاء؟ قولان على ما بيناه من كتاب الطلاق، فإذا قلنا يعود، استأنف أربعة أشهر من حين نكحها، ولا يختلف المذهب أنه إذا وطىء هذه المولى منها في المدة أو بعدها وقع الطلاق علي المرأة الأخرى؛ لأن صفة الطلاق باقية لا تزول بالبينة، ألا ترى أنه لو طلقها، ثم زنى بها [١١١/أ] وقع الطلاق لوجود الشرط وليس كذلك الإيلاء؛ لأنه يسقط بالإبانة، ألا ترى أنه لو آلى من الأجنبية لا يصح فدل على الفرق بينهما، هذه مسألة الكتاب. فأما إذا طلق المحلوف بطلاقها ثم تزوج بها، ثم وطىء التي آلى منها. وهي التي حلف بترك وطئها. فهل يعود حكم الطلاق؟ قولان على ما بيناه. فإذا قلنا: يعود فحكم الإيلاء من التي آلى منها قائم. وإذا قلنا: لا يعود فقد بطل الإيلاء؛ لأنه لا يخشى من وطئها وجوب شيء. ثم قال الشافعي: «وهكذا الظهار مثل الإيلاء». يريد أنه يصح تعليقه بصفةٍ، فعلق ظهار إحدى امرأتيه بطلاق الأخرى، فإذا أبانها ثم عادت إليه كان الحكم في ذلك كالحكم في الإيلاء.

مسألة: قال: «ولو آلىٰ مِنْ امرأتهِ الأمةِ ثمَّ اشتراهَا فخرجتْ مِنْ ملكهِ ثمَّ تزوجَها، أو العبدُ مِنْ حرةٍ ثمَّ اشترتهُ فعتقَ فتزوجتهُ لَمْ يعدْ الإيلاءُ»[١].

إذا آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها وانفسخ النكاح ثم باعها ثم تزوج بها، أو آلى العبد من امرأته الحرة ثم اشترته وانفسخ النكاح ثم اعتقته وتزوجت به، ففي عود الإيلاء قولان، إلا أن هذا هل يجري مجرى الطلاق الثلاث أو يجري مجرى البيونة بدون الثلاث؟ اختلف أصحابنا فيه، وقد بيناه فيما مضى، وعامة أصحابنا على أنه يجري مجرى البيونة بدون الثلاث، لأنها تحل قبل زوج، وهكذا القول لو آلى من امرأته ثم انفسخ نكاحها بعيب، أو إعسار بالنفقة، أو ردة ثم عادت إليه ثانياً، هل يعود الإيلاء على هذا الخلاف؟ و إذا قلنا: يجري مجرى البيونة بالثلاث لم يعد الإيلاء من قوله الجديد، ومن قوله القديم قولان، وإذا قلنا: يجري مجرى البيونة [١١١/ب] بدون الثلاث عاد في قوله القديم، وفي قوله الجديد قولان.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٨٢).

فرع

إذا حلف على أجنبية أنه لا يطأها انعقدت يمينه حتى لو تزوجها ووطئها حنث وتلزمه الكفارة ولا يكون مولياً؛ لأن الإيلاء حكم يتعلق بالزوجية، فإن تزوج بها فهل يصير مولياً؟ قال القاضي الطبري: في الأول يصير مولياً. ثم قال: ينبغي أن لا يكون مولياً في أحد القولين، كما لو أبانها ثم تزوجها هل يعود الإيلاء؟ قولان. قال أصحابنا: الذي يجيء على مذهب الشافعي أنه يصير مولياً هاهنا قولاً واحداً، ويفارق هذا مسألة القولين لأن حكم النكاح يعود في النكاح الثاني في أحد القولين، وفي القول الثاني لا يعود، وهاهنا حين اليمين لم يكن نكاح ولا كان بها مولياً، وهذه كما لو علق الطلاق في غير نكاح ثم تزوجها لم يثبت حكمه قولاً واحداً، ولو علقه في النكاح ثم أبانها ثم تزوجها هل يعود؟ قولان وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد. وقال مالك: إذا تزوجها وقد بقيت من مدة اليمين أكثر من أربعة أشهر يصير مولياً؛ لأنه لا يمكنه الوطئ بعد أربعة أشهر إلا بحنث وكان مولياً كما لو حلف في الزوجية وهذا غلط؛ لأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح، وإذا حلف على الزوجة ضربت المدة؛ لأنه قصد الإضرار بها بيمينه واليمين قبل الزوجية لا على وجه الإضرار؛ لأنه لا يحل وطئها فلا يكون مولياً، كما لو امتنع بغير يمين.

فرع آخر

لو امتنع من وطئها بغير يمين لا تضرب له المدة، وبه قال جماعة العلماء. وقال أحمد: إن قصد الإضرار بها لزوال الأعذار ضربت له المدة، كما لو امتنع باليمين، وهذا غلط؛ لأنه لم يحلف على ترك وطئها فلا يكون مولياً، كما لو لم يقصد الإضرار بها، ولأنه لا يتحقق الإضرار ما لم يؤكد اليمين. [١١٢/أ]

مسألة: قال: «والإيلاءُ يمينَ لوقتٍ فالحرُ والعبدُ فيها سواءَ.

مدة الإيلاء أربعة أشهر للحر والعبيد حرةً كانت المرأة أوأمةً. وبه قال أحمد في رواية. وقال مالك وأبو حنيفة: تختلف مدة الإيلاء بالرق والحرية إلا أن مالكاً يقول: الاعتبار برق الزوج وحريته، فمدة الإيلاء في حق الحر أربعة أشهر وفي حق العبد شهران، وأبو حنيفة يقول: الاعتبار برق المرأة وحريتها، فيكون للأمة شهران وللحرة أربعة أشهر، وهو الرواية الثانية عن أحمد، واحتج مالك رحمه الله أنه معنى يتعلق به حكم البيونة فاختلف برق الزوج وحريته كالطلاق. واحتج أبو حنيفة بأنها مدة يثبت ابتدائها بقول الزوج فيختلف برقها وحريتها كمدة العدة، وهذا غلط؛ لأنها مدة تضرب للوطيء فلا يختلف بالرق والحرية كمدة العدة، ويؤكد أن هذا الأمر بني على طبع النساء، وقد يضير النساء عن

الأزواج على ما ذكرنا عن عمر رضي الله عنه، وما بني على الطبع لا يختلف بالرق والحرية كمدة العنة ويخالف مدة العدة؛ لأنها مبنية على الكمال؛ لأن الاستبراء يحصل بقرء واحد فيختلف نقصانها وكمالها. وأما ما ذكر مالك لا يصح؛ لأنه لا يتعلق بها بينونة عندنا، ويلزم عليه مدة العنة

مسألة: قال: «ولو قالتْ: قَدْ انقضتْ الأربعةَ أشهرٍ وقالَ: لم تنقضِ فالقولُ قولهُ».

إذا اختلفا في انقضاء المدة فالقول قوله مع يمينه وعليها البينة؛ لأن الأصل بثبوت النكاح والمرأة تدعى أمراً حادثاً تستحق به رفعه، وهو كما قلنا: إذا اختلفا في الإصابة، فقال الزوج: أصبتها، وقالت المرأة: لم يصبني فالقول قوله؛ لأن الأصل [١١٢/ب] بقاء النكاح ولزومه ولأن القول قوله في أصل الإيلاء إذا أنكرته فكذلك في مدته.

مسألة: قال: «ولو آلىٰ من مطلقةٍ لملكَ رجعتهَا كانَ مولياً من حينِ ترجيعها».

الإيلاء من الرجعية صحيحة ولكنه لا يحتسب مدة العدة من التربص فيستأنف له المدة إذا راجعها دائماً صح الإيلاء منها؛ لأنها في معنى الزوجات، وإنما لا تحتسب مدة العدة من التربص؛ لأنها محرمة الوطىء إلى أن يراجعها. وقال أبو حنيفة وأحمد: تحتسب مدة العدة من التربص، وبنى أبو حنيفة على أصله أنها مباحة الوطىء، واحتج أحمد بأنه صح الإيلاء منها فتحتسب المدة من وقت الإيلاء وهذا غلط؛ لأنها معتدة منه فلا تحتسب عليه مدة العدة من زمان الإيلاء، كما لو كانت معتدة بائنة.

فرع

لو آلى من معتدة عن طلاق بائن ثم نكحها لا يكون مولياً. وقال مالك: يكون مولياً إذا نكحها، وهذا غلط، لأنها أجنبية منه فلا يصح الإيلاء منها أصلاً وهو لا يسم الأجنبية على ما ذكرنا عنه من قبل، وقد دللنا على بطلان مذهبه في الأجنبية.

مسألة: قال: «والإيلاءُ من كلِّ زوجةٍ حرةٍ وأمةٍ، مسلمَةٍ وذميةٍ سواءٌ».

وهذا صحيح؛ لأن لكلهن حقاً من الاستمتاع، ولا فرق في هذا بين الذمي والمسلم أيضاً. وقال أبو حنيفة: ينعقد إيلاء الذمي في حكم الطلاق ولأنه لا كفارة عليه لو وطئها بخلاف المسلم وهذا غلط؛ لأن من صح طلاقه صح حكم الإيلاد على الكمال كالمسلم.

باب الوقف من كتاب الإيلاء[١]

مسألة: قال: «إذا مضتْ الأربعةَ الأشهرِ للمولىٰ وقفَ [١١٣/أ] وقيلْ لهُ: إن فئتَ وإلّا فطلقْ، والفيئةُ الجماعُ إلّا من عذرٍ».

قد بينا أنه إذا مضت أربعة أشهر يوقف، وقبله لا يوقف. وإذا وقف طولب بالفيئة أو الطلاق، والفيئة تكون بالطلاق؛ لأنه الذي منع نفسه منه بعقد اليمين، إلا أن يكون له عذر من مرض يخاف منه الزيادة في العلة والتباطؤ في البرء أو حبس أو غيره، فيقول له: فيء بلسانك وهو أن يقول بلسانه: قد ندمت على ما قلت، وإذا قدرت على الوطىء وطئت، ولو كنت قادراً لفعلت. ذكره أبو حامد. وقال القاضي الطبري: جميع أصحابنا بين هذه الألفاظ ولم أجد ذلك للشافعي، ولا يجب عندي أن يأتي بجميع هذه الألفاظ، وإنما المأخوذ عليه أن يظهر من نفسه أنه غير قاصد الإضرار بها. فلو قال: إذا قدرت فئت إليك، أو وطئتك كفاه، وقد قال ابن أبي هريرة في التعليق هذه المسألة، وقال: إن لم يكن قادراً علي الجماع طولب بما يقدر عليه في الحال، فيقال له: أظهر من نفسك الرجوع عن الاضرار بلسانك لتطيب نفسها وتسكن إلى ذلك، كما تقول في الشفيع إن كان قادراً على أخذ الشفعة أخذ، وإن لم يكن قادراً أظهر من نفسه ما يصلح أنه مقيم على أخذها. وقال أبو ثور: لا يلزمه الفيئة باللسان عند العجز حتى يقدر عليها بالوطىء ويؤخر المطالبة إلى زوال العذر؛ لأن الضرر بترك الوطىء لا يزول بالفيئة باللسان، وهذا غلط، لأن القصد بالفيئة ترك ما قصد إليه من الإضرار، وقد ترك القصد إلي الإضرار بما أتى به من الأعذار، ولأن القول مع العذر يقوم مقام الفعل مع القدرة، ولهذا نقول: إشهاد الشفيع على طلب الشفعة في حال العيبة يقوم مقام الطلب في حال الحضور في إثبات الشفعة. فإذا تقرر هذا، وفاء باللسان [١١٣/ب] ثم قدر بعد ذلك على الوطىء طولب به ولا يستأنف به المدة. وحكى عن أبي حنيفة أنه قال: يستأنف له المدة؛ لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة، فلا يطالب بعد إلا باستئناف المدة، كما لو طلقها ثم أرجعها، وهذا غلط؛ لأنه أخر حقها لعجزه عنه، فإذا قدر عليه يلزمه إيفاؤه، كما لو قدر المعسر على قضاء الدين. وأما ما ذكره لا يصح؛ لأنه ما وفاها حقها، بل وعدها إيفاء الحق.

مسألة: قال: «ولو جامعَ في الأربعةِ الأشهرِ خرجَ منْ حكمِ الإيلاءِ وكفرَّ عنْ يمينهِ».
إذا وطىء المولي نظر، فإن كان وطئه بعد انقضاء المدة فقد وفاها حقها، وهل تلزمه الكفارة؟ قد ذكرنا قولين. وإن كان وطئه قبل انقضاء المدة فقد خرج من حكم الإيلاء وحنث

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٣٨٦).

في يمينه، وهل تلزمه الكفارة؟ فيه طريقان: أحدهما: تلزمه قولاً واحداً، ويفارق بعد المدة واجبة، فجاز أن لا تحب به الكفارة. والثاني: فيه قولان أيضاً؛ لأن بهذا الوطىء خرج عن حكم الإيلاء أيضاً، والآية عامة من الكل، وهذه الطريقة الأصح؛ لأن الكفارة تجب من حنث الطاعة والواجب لوجوبها من حيث المعصية.

فرع

لو آلى أقل من أربعة أشهر ثم وطىء هل تلزمه الكفارة؟ قال القفال: فيه طريقان؛ أحدهما: يلزمه قولاً واحدا. والثانية: فيه قولان.

مسألة: قال: «ولو قالَ: أجلْني في الجماعِ لمْ يؤجله أكثرَ منْ يومٍ».

إذا طولب المولى فقال: أجلوني، لا يختلف المذهب أنه لا يؤجل؛ لأنه لا يكلف الوطىء في مجلس الحكم فلا بد من التأجيل، ثم فيه قولان: أحدهما: يؤجل ثلاثة أيام؛ لأنه أكثر حد القليل وأول حد الكثير، فيحتاج أن يراجع نفسه وينظر غبطته في أحد الأمرين، ولا يأتي ذلك إلا من هذه المرة. والثاني وهو الصحيح: [١١٤/أ] أنه يؤجل بمقدار الحاجة، فإن كان صائماً فحتى يفطر، وإن كان جائعاً فحتى يشبع، وإن كان شبعاناً فحتى يهضم الطعام لئلا يلحقه ضرر الجماع ولا تقدير فيه، وهو اختيار المزني وقول الشافعي «أجله يوماً» لم يرد به التقدير باليوم، بل ذكر ذلك على قدر الحاجة من العادة، وذلك قريب من يوم أو نحو ذلك. واحتج المزني بأن المرتد لا يؤجل ثلاثاً، ولأن الثلاث حد والحد لا يؤخذ قياساً. ويمكن أن يجاب بأن له في المرتد هل يؤجل ثلاثاً؟ قولان أيضاً، وعندنا يؤخذ الحد والتقدير قياساً فلا نسلم.

فرع

إذا قلنا يؤجل ثلاثة أيام بعد المدة هل هو واجب أو استحباب؟ فيه وجهان، أحدهما: واجب كإنظار المرتد ثلاثاً، فعلى هذا ينظر استنظرها أم لا. والثاني: وهو الأظهر، واختاره الداركي أنه استحباب ينظر بها إن استنظرها وإلا فلا. والفرق بين هذا وبين المرتد أن إنظار المرتد حق لله تعالى فلم يعف على استنظاره، وإنظار هذا من حقه يوقف على استناظره.

فرع آخر

لو طلق الحاكم عند الامتناع قبل ثلاثة أيام، فإن قلنا لا ينظر فيها وقع الطلاق، وإن قلنا: ينظر هل يقع طلاقه قبلها فيه وجهان بناء على أنها تجب شرعاً، أو استنظار، فإن قلنا

وجب شرعاً لم يقع، وإن قلنا بالوجه الآخر وقع وإن كان الحاكم لا يراها وقع الطلاق وجهاً واحداً؛ لأنه عن اجتهاد شائع.

فرع آخر

إذا قلنا: يطلق الحاكم عند الامتناع في أحد أحد القولين وطلق الحاكم ثم طلق الزوج بعده ولم يعلم الزوج وقع طلاق الحاكم، وهل يقع طلاقه؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا يقع لأنه واجب قد سبق الحاكم باستيفائه منه. والثاني: يقع لأنه يملك ما يجب وما لم يجب، فإذا استوفى الحاكم الواجب ولم يستكشف الزوج عنه وقع طلاقه غير واجب. [١١٤/ب].

فرع آخر

لو طلق الحاكم والزوج معاً في حالة واحدة فطلاق الزوج واقع، وفي طلاق الحاكم وجهان؛ أحدهما: قاله ابن أبي هريرة: يقع أيضاً؛ لأنه لم يسبقه الزوج بالطلاق، والثاني: لا يقع؛ لأنه لم يسبق الزوج بالطلاق.

مسألة: قال: «ولو كانتْ حائضاً أو أحرمتْ مكانَها بإذنهِ أو بغيرِ إذنهِ فلمْ يأمرهَا بإحلالِ لم يكنْ عليهِ سبيلٌ»[1].

الفصل

إذا مضت مدة الإيلاء وهناك عذر يمنع الجماع كالحج والصوم والحيض والنفاس في الحبس؛ لم يكن لها مطالبته حتى يزول المانع، ولا فرق بين العذر الحسي كالحبس والمرض، أو الشرعي كالإحرام ونحوه، ويخالف هذا إذا آلى منها ثم تظاهر منها قبل مضي مدة التربص، فإذا مضت المدة كان لها المطالبة مع وجود المنع من الوطيء؛ لأنه معنى من جهته لا من جهتها أيضا، وهو يمكنه إزالة المانع بالتفكير إن كان قادراً على الكفارة فلم تسقط عنه المطالبة. فإذا تقرر هذا فالوجه أن يصبر حتى يزول العذر ثم طالبه في الحال، ولا يلزمه قبل زوال المانع فيه المعذور باللسان إن كان المانع من جهتها. وقيل: وجه أنه يستأنف المدة بعد زوال العذر وليس بشيء، وإن كانت هذه الأعذار موجودة عند عقد اليمين، فإن كانت موجودة فيها مثل حبسها بحق أو غير حق، أو مرض أو صغر أو نشوز أوجنون بحنث لايصل إليها منعت أنشأ ضرب المدة؛ لأن مدة الإيلاء هي المدة التي يكون الزوج فيها ممتنعاً من ووطئها فيها باليمين، هاهنا مع هذه الأعذار فيها لايوصف بأنه يمتنع، وهذا نظر دالاً في الحيض وحده، فإنه يحتسب عليه زمان الحيض من المد؛ لأن الحيض

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٣٩٢).

يكثر ويوجد كل شهر، فلو لم يحتسب بزمانه من المدة لم يكن يحصل المدة بوجه. فإن قيل: أليس [١١٥/أ] الحيض يسقط مطالبتها فلا تسقط المدة؟ قلنا: لأنا لو أسقطنا المدة لم تكن تحصل مدة الإيلاء، وليس كذلك المطالبة، فإنا إذا أسقطناها في الحال طالبت به إذا زال الحيض، ولا يؤدي إلى إسقاط الحق رأساً، فدل على الفرق بينهما وأما النفاس: قال القفال وجماعة: هي كالحيض؛ لأنها عادة في المرأة كالحيض، ولهذا سوّى بيننهما في انهما لا يقطعان التتابع في صوم شهرين متتابعين.

وقال بعض أصحابنا وهذا صحيح: مدة النفاس قاطعة لمدة التربص بخلاف الحيض؛ لأن الحيض غالب والنفاس نادر. وأما إحرامها: يمنع الإحتساب على مانص عليه. وقوله: «إذا لم يأمرها بإحلال» يدل على أنها إذا أحرمت بغير إذن الزوج له تحليلها وهو أحد القولين، والأمر بالإحلال لا يجب عليه؛ يترك بذلك حق نفسه. وقال بعض أصحابنا: إحرامها كالحيض والنفاس؛ لأن هذه العوارض تعرض في العادة، وقلما تخلو المرأة عن شيء منها في بعض أوقاتها، وهذا غلط لما ذكرنا وليس بشيء. وقيل: إذا أمكن في الإبتدا ثم عرض لا يؤثر.

فإذا تقرر هذا فكل هذه الأعذار التي تمنع بضرب المدة إذا طرأت في أثناء المدة قطعت استدامتها، وإذا زالت استؤنفت المدة أربعة أشهر ولا شيء على ما مضى منها؛ لأن من شأنها أن تكون متتابعة في المدة، ذكره صاحب «التقريب» كصوم شهرين في كفارة الجماع في رمضان والظهار. هكذا ذكره جميع أهل العراق. وقال القفال: فيه وجهان: أصحهما: أنه ينبغي على ما مضت من المدة؛ لأن المانع عدم التمكين من غير خلل في الملك وقد زال، وكما لو انقطعت المدة بوطىء شبهة ثم فرق بينهما وبين الوطىء بشبهة بنت على المدة الإولى. [١١٥/ب] والثاني: تستأنف وهذا غريب. هذا كله في المانع من جهتها. وأما إذا كان المانع من جهته مثل الحبس بحق أو بغير حق، أو المرض، أو الإحرام أو الصوم، أو الغفة احتسب بزمانه عليه من مدة التربص.

والفرق أنها حادثة في الفرقة في هاتين الحالتين غير ممسك لها إمساك الزوجات فلم تحتسب عليه بتلك المدة بخلاف مسألتنا. ثم اعلم أن المزني نقل عن الشافعي أنه إذا آلى منها فحبس استؤنفت أربعة أشهر، ثم اعترض عليه فقال: الحبس والمرض عندي سواء؛ لأنه ممنوع بهما، وإذا حسب عليه في المرض وهو يعجز عن الجماع بكل حال فلأن يحتسب زمان الحبس ويمكنه أن تأتيه في حسبه فيصيبها أولي. قلنا له: حكم الحبس كما ذكرت، والغلط وقع في النقل، لأن الشافعي قال في «الأم»: وإذا آلى فحبسبت استؤنفت أربعة أشهر» فسقط التاء عن الناقل فبطل اعتراض المزني، وهذا يدل على بطلان ما ذكره

القفال من الوجه أنه إذا زال العذر يبني على المدة فإنه نص ها هنا على أنه يستأنف المدة، ونص هذا الوجه قال: يمكن تأويل بأنها حبست عقيب الإيلاء لا بعده بزمان وهذا يفيد. ثم إذا مضت المدة والحبس والمرض باقٍ قلنا له: فيء بلسانك فيء معذور، إلا أن يكون محبوساً بحق فنقول له: لا نقبل منك فيء المعذور وأنت تقدر على الخروج منه، فإن لم يفعل طلق الحاكم عليه في أصح القولين.

مسألة: قال: «وقالَ في موضعين: لو كانَ بينهُ وبينهَا مسيرةَ أشهرٍ فطلبهُ وكيلَها بما يلزمهُ لهَا أمرنَاهُ أنْ يفيءَ بلسانِه»[1].

إذا آلى منها وهو غائب عنها صح الإيلاء في نكاح تام وتضرب له المدة؛ لأن المانع من جهته، ولو آلى منها ثم غاب عنها فمضت أربعة أشهر فوكلت المرأة [١١٦/أ] وكيل في مطالبته صح التوكيل، فإذا فاء بلسانه وأخذ في المسير مع الإمكان أو في نقلها إليه قبل منه، وإن امتنع من ذلك طلق عليه الحاكم في أصح القولين، وإذا قال: أنا أريد أن أقعد في هذا البلد كان عليها المسير إليه ولا يجوز مطالبته بالمسير إليها، وإن كان الطريق مخوفاً كان معذوراً، فإن تمكن فعل ذلك. ولو لم يحملها ولم يسر إليها مع الإمكان ومضت مدة لو سار فيها لوصل إليها يطلق عليه، ولا يلتفت إلى قوله بعد ذلك: الآن أسير إليها هكذا ذكر القفال. وكلام أصحابنا يدل على أنه لا يشترط مدة الشهر، وعليه بعد مضي المدة أن يفيء باللسان في الحال ثم يأخذ في القدوم أو نقلها، فإن لم يفء بلسانه فيء معذور ولم يأخذ في الجماع إما بالقدوم أو بالاستدامة لم تتم الفيئة، وطلق عليها ذلك الحاكم أيضاً وهذا أصح، وإنما يلزم المسير حسب الإمكان في العرف والعادة وانتظار الرفقة، والسير مرحلة مرحلة لئلا يؤدي إلى الإضرار به ولا بها.

مسألة: قال: «ولو غلبَ على عقلِهِ لمْ يوقفْ».

إذا مضت المدة وهو مغلوب على عقله سقطت المطالبة؛ لأن المجنون لا تصح مطالبته، فإن عقل طولب في الحال؛ لأن المنع في المدة كان بسبب منه. قال المزني: هذا يؤكد أن يحسب عليه مدة حبسه ومنع تأخيره يوماً أو ثلاثة، ومنع من أن يقرأ أو منع على الفعل الماضي بتأخيره نصب موقوع الفعل عليه، أي منع الشافعي في مسألة الجنون تأخيره ثلاثة أيام، فدل على إبطال التأقيت، والقراءة الأولى أصح وهي أن يقرأ: ومنع على المصدر تأخيره بالإضافة [١١٦/ب] يعني أن كلام الشافعي في المجنون يؤكد ما أخبره في

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٣٩٦/١٠).

مسألتين أحديهما: احتساب مدة جنسه عليه، والثانية: إبطال التأقيت عند الوقف. يقال له: أما مسألة الحبس فأنت غلطت في النقل. وأما التأقيت فالصحيح ما أخبرت، ولا يحسن منك أن تحتج بكلام الشافعي في هذه المسألة، وما قصد بها مسألة التأقيت، وإنما قصد حكم الجنون العارض أنه يمنع المطالبة في حال الجنون ولا يمنع احتساب المدة. وقيل: قوله: «ويمنع تأخيره» عطف الاسم على الفعل، وفي هذا يؤكد منع تأخيره، ومثل هذا جائز في الكلام.

مسألة: قال: «ولو أحرمَ قيلَ له: إن وطئتُ فسدَ إحرامكَ».

الفصل

إذا كان محرماً فمضت المدة، قلنا له: لا نقبل منك فيء معذور؛ لأنك أدخلته على نفسك ولا نطالبك بالجماع فإنه معصية، ونقول لك: إن وطئتها فقد أوفيتها حقها وفسد إحرامك، وإن لم تطأها طلق الحاكم عليك، ويفارق هذا إذا مرض لأنه معذور إلى أن يتحلل؛ لأنه غير قادر على الوطىء كالمريض، وهذا غير صحيح لما ذكرنا. وقال مالك: لو وطئها في هذه الحالة لا يخرج عن حقها ولها أن تطالبه بالوطىء بعد الإحلال. وهذا غلط، لأنه حنث بوطئها وزالت اليمين فلا يبقى حكم اليمين.

مسألة: قال: «ولو آلىٰ ثمَّ تظاهرَ، أو تظاهرَ ثمَّ آلىٰ وهوَ يجدُ الكفارةَ، قيلَ له: أدخلتَ المنعَ علىٰ نفسكَ».

الفصل

إذا آلى ثم تظاهر منها، أو تظاهر ثم آلى وهو مصر كفارته الصيام وقد انقضت مدة الإيلاء تقول له: [١١٧/أ] لا نطالبك للوطىء فإنه معصية؛ لأن الوطىء في الظهار قبل التكفير معصية، ولكن نطالبك بالطلاق، فإن وطئت عصيت ووفيتها حقها، وإن طلقتها وفيتها حقه، وإن امتنعت من الأمرين طلقها الحاكم عليك ولا يقبل عذرك بتحريمها عليك؛ لأن تحريمها بالظهار شيء أدخلته على نفسك فلا يتأخر بذلك حقها، ولا يلزمها أن تصير حتى تصوم شهرين؛ لأن ذلك تأخير لحقها به ضرر. قال القفال: ونظير هذا ما لو غصب دجاجة ولؤلؤة، فابتلعت الدجاجة اللؤلؤة: قلنا له: إن ذبحت الدجاجة عصيت لأنها لغيرك، وإن لم تذبح غرمت قيمة اللؤلؤة، ولا نأمرك بالمعصية لكن نغرمك إن لم تذبح.

فرع

إذا أراد وطئها هل لها أن تمنع؟ وجهان: أحدهما: ليس لها ذلك بخلاف الوطىء في

الحيض؛ لأن تحريم ذلك من حقها وتحريمه بالظهار في حقه وحده، ويسقط حقها من المطالبة بهذا الامتناع؛ لأن الممتنع ممنوع من المطالبة كالديون المبذولة ليس لصاحب الدين الامتناع من أحدها لعلمه أنها مغصوبة، وهذا اختيار أبي حامد وجماعة، ولم يذكر صاحب «الحاوي» سوى هذا. وحكي عن أبي حامد أنه إذا كان صائماً أو محرماً فدعاها ليس لها الامتناع وجهاً واحداً وهذا غريب. فإن قيل: أليس لو جاءها بنفقة مغصوبة لها أن تمتنع من غصبها فكذلك هذا؛ لأن كل واحد منهما حرام؟ قيل: الفرق أن النفقة المغصوبة لا تسلم لها بل تنزع من يدها، وليس كذلك لو وطىء، فإن الحرام والحلال سواء في توفية الحق.

والوجه الثاني: لها أن تمتنع منه، وهو اختيار القاضي الطبري وجماعة، وهو صحيح عندي؛ لأنه وطىء محرم فكان لها الامتناع منه كوطىء الرجعية، ويخالف الدين فإنه يدعى أنه مغصوب [١١٧/ب] ومن عليه الدين يدعى أنه ماله، والظاهر معه فإن اليد تدل على الملك، وهذا الوطىء متفقان على تحريمه، والسبب الذي يحرمها عليه يحرمه عليها ونظره من المال أن يتفقا على أنه مغصوب ولا يجبر صاحب الدين على أخذه، فإن قلنا بهذا أجبر الزوج على الطلاق لأنه مخير بين الفيئة والطلاق، فإذا تعذرت الفيئة تعيق الطلاق. ومن أصحابنا من ذكر وجهاً آخر أنه لا يتعين عليه الطلاق ويفيء فيء معذور حتى يقدر على الكفارة والأول أصح وهو المذهب. وهكذا الخلاف إذا أحرم ثم أراد وطئها هل لها أن تمتنع أم لا؟

فرع آخر

لو كان المظاهر مالكاً للرقبة لم ينظر في عتقها؛ لأنه يقدر على تعجيله، فإن لم يكن مالكاً للرقبة أنظر لابتياعها، وهل يبلغ بإنظاره ثلاثاً؟ قولان. وذكر أبو إسحاق هاهنا: أنظر به يومين وثلاثة؛ لأنه يسير. وكذلك في الإطعام إذا أراد أن يكفر بها بمثل قدر الحاجة.

مسألة: قال: «ولو قالتْ: لم يصبني وقالَ: قد أصبتُهَا، فإنْ كانتْ ثيباً فالقولُ قولهُ مع يمينه»

الفصل

إذا اختلفنا في الإصابة، فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه، ولكن يقبل ببينة أيضاً لو أقامها؛ لأنه يتصور بصورة المدعي، فهو كالمودع إذا ادعى رد الوديعة أو تلفها يقبل قوله مع يمينه وتقبل بينة أيضاً. وإن ادعت أنها بكر أرى أربع نسوة، فإن قلن: إنها يثب فإن القول قوله مع يمينه، وإن قلن: إنها بكر فالقول قولها مع يمينها. مظاهر كلام الشافعي أنها

تحلف سواء ادعى الزوج عليها عود البكرة أو لم يدع. قال المزني: إنما أحلفها لأنه لا يمكن أن يكون لم يبالغ في الوطىء فرجعت العذرة بحالها. فمن أصحابنا من أخذ بظاهره، ومنهم من قالك إذا لم يدع الزوج عود العذرة لا يحلف؛ لأنا قد علمنا كذبه [١١٨/أ] وإنما يحلفها إذا أدعي عودها فتكون دعوى مستأنفة ويكون قولها مع يمينها. فإن قيل: الأصل عدم الوطىء فلم قلتم القول قوله في الوطىء إذا كانت ثيباً؟ قيل: هذا الأصل غير محقق ويجوز غيره، والنكاح محقق فكان المحقق أولى من غيره، والمحقق مع قوله. قال ابن الحداد: لو كانت هذه المرأة غير مدخول بها وادعي الوطىء وحلفناه، ثم طلقها وأراد أن يراجعها فامتنعت وأنكرت الوطىء كان القول قولها مع يمينها، فإذا حلفت لم يثبت له الرجعة عليها؛ لأنّا أثبتنا الوطىء بيمينه في حكم الإيلاء، فأما إثبات الرجعة لا يمكن بيمينه ويسقط عنها بيمينها.

مسألة: قال: «ولو ارتدَا أو أحدهمَا في الأربعةِ الأشهرِ أو خالعهَا ثمَّ راجعهَا، أو راجعَ من ارتدَ منهما فِي العدة استأنف في هذهِ الحالاتِ كلهَا أربعةَ أشهرِ من يومِ حلِّ الفرجِ»[١].

قدمنا إن هذه الردة لا تحسب عليه، فإن رجع إلى الإسلام يستأنف المدة كما لو راجع الرجعية، فإن لم يرجع إلى الإسلام حتى انقضت العدة انفسخ النكاح، فإن تزوجها بعدة هل يعود الإيلاء فهذا فسخ وقع فيه هل يكون كالبيونة بالثلاث أو دون الثلاث؟ قد ذكرنا فيما تقدم. وهكذا لو آلى منها ثم خالفها وقلنا: الخلع فسخ ثم تزوجها فهو كالفسخ بالرد سواء. قال الشافعي: «ولا يشبه هذا الباب الأول؛ لأنها في هذا الباب كانت محرمة كالأجنبية الشعر والنظر والحيض في تلك الأحوال لم تكن محرمة بشيء غير الجماع». وأراد أن بالحيض والإحرام لا تنقطع المدة كما تنقطع بالإرتداد لهذا الفرق، والتحقت في حالة الارتداد والخلع بالأجنبيات شعراً نظراً وجسماً فاستأنفنا [١١٨/ب] المدة. ثم أن المزني اختار لنفسه الفرق بين الارتداد والخلع فأوجب إسقاط المدة في الخلع دون الارتداد وقال: القياس عندي أن ما حل له بالعقد الأول فحكم حكم امرأته والإيلاء يلزمه لمعناه فأما من لم يحل له بعقده الأول حتى يحدث نكاحاً يعني الخلع فحكم حكم من آلى ثم تزوج فلا حكم للإيلاء في معناه وهذا إشارة إلى اختيار من القولين في عود اليمين وقد اختاروا أن لا تعود فلذلك أسقط الإيلاء بالخلع كل الاسقاط ولم يقطع المدة بعارض الارتداد يقال له إذا اعترض الارتداد ثم جمعها الإسلام فتحركها عليه في حالة الارتداد كان كتحريم الأجنبية

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٠٠).

ولم يحل له منها في تلك الحالة شيء مما يستباح بالنكاح فكيف لا تنقطع المدة والحالة وبهذه الصفة.

مسألة: قال: وأقلُ ما يكونُ المولي به فائيَاً فِي الثيبِ أن يغيبَ الحشفَة، وفي البكرِ ذهابُ العذرةِ.

الفيئة في الإيلاء عند القدرة التقاء الختانين بكراً كانت أو ثيباً والإلتقاء أن يغيب الحشفة في الفرج وقول الشافعي في الثيب: أن يغيب الحشفة في البكر إذهاب العذرة لم يرد به أن الافتضاض شرط، أو هما يفترقان بل أراد أن الإلتقاء في حق البكر لا يقع إلا بالاقتضاض، ثم قال الشافعي: فإن قال لا أقدر على افتضاضها أجل أجل العنين وينظر في هذا، فإن كذبته المرأة كان القول قوله مع يمينه؛ لأنه أعلم بنفسه، وحلفناه لأنه متهم في ترك الفيئة، فإذا حلفت فاء فيئة معذور بالمرض بلسانه، ثم إذا سألت المرأة الحاكم أن يضرب له مدة العنة ضرب له المدة، ثم إذا مضت المدة، ولم يطأ كان لها المطالبة بالفسخ، وهذا هو المذهب المنصوص.

وقال ابن أبي هريرة: [١١٩/أ] يتعين عليه الطلاق إذا أقر بالعجز؛ لأنه من خير بين شيئين ثم تعذر عليه أحدهما تعيْن الآخر، كالمخير في أنواع كفارة اليمين. قال: وتأويل قول الشافعي أنه طولب بالفيئة بعد انقضاء المدة فاختار الطلاق ثم راجعها، ثم قال: لا أقدر على وطئها أُجل أَجل العنين، وهذا لأن حقها بعد انقضاء المدة ثبت معجلاً فلا يؤجل؛ لأنه يؤدي إلى الإضرار بها، وكذا ذكره صاحب «الإفصاح» وقال: إذا رجع خيرناها بين حكم الإيلاء وحكم العنة؛ لأنه قد اجتمع لها الأمران، وهذا لا يصح؛ لأنه إنما يكون مخيراً بين الوطىء والطلاق إذا كان قادراً على الوطىء، فأما إذا تعذر عليه بسبب فعليه يكون الفيئة بلسانه كما لو كان مريضاً، وها هنا قد ثبت عجزه في الحال بيمينه هذا كله من الكبر. فأما إذا كانت ثيباً فقال: لا أقدر على وطئها نظر، فإن لم يكن وطئها قبل ذلك فالحكم على ما ذكرنا من قبل، وزن كان قد وطئها لم يقبل منه أنه عنين ونطالبه بالفيئة أو الطلاق؛ لأن من وطىء في أول النكاح لا يكون في الحكم عنيناً من ذلك النكاح.

مسألة: قال: «لو جاءَ معهَا محرمةً أو حائضاً خرجَ حكمُ الإيلاءِ».

من فاء فيئة القادر خرج بها من حكم الإيلاء، سواء كان وطئه مباحاً أو حراماً، مثل أن تكون حائضاً أو نفساء أو صائمة؛ لأن كل حكم يتعلق بالوطىء في النكاح لا يفترق بين المباح منه والحرام كتحريم الربيبة واستقرار المهر.

مسألة: قال: «لو آلىٰ ثمَّ جنَ فأصابهَا في جنونهِ أو جنونهَا خرجَ من الإيلاءِ وكفرَّ إنْ

أصابهَا وهو صحيحٌ، ولَمَ يكفرْ إذا أصابهَا وهو مجنونٌ».

إذا آلى منها ثم جن قد ذكرنا أن المدة تحسب عليها في حال الجنون، وأنها لا تطالب مادام مجنوناً، فإن وطئها لا يختلف أصحابنا أنه لا يحنث [١١٩/ب] بهذا الوطيء فلا تلزمه الكفارة؛ لأن قصد المجنون إلى الوطيء كعدم القصد، لاسيما فيما يتعلق بحق الله تعالى. ولهذا لو قال: والله لا أدخل الدار فدخلها وهو مجنون لا يحنث في يمينه ويفارق الناس على أحد القولين؛ لأنه من أهل القصد في الجملة بخلاف المجنون. قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول مخرج من حنث الناس أنه يحنث به، وتلزمه الكفارة. وهذا غلط والفرق ظاهر.

فإذا تقرر هذا فالمنصوص أنه يخرج به من حكم الإيلاء؛ لأن وجود الجماع بدفع الإضرار والقصد غير معتبر. بدليل أنه لو آلى عن أحد امرأتيه ثم وجدها على فراشه فوطئها ظناً منه أنها امرأته الأخرى خرج به عن حكم الإيلاء وإن لم يقصد، ويفارق الحنث ووجوب الكفارة؛ لأن ذلك حق الله تعالى فيحتاج فيه إلى القصد. ومن أصحابنا من قال: لا يخرج به عن حكم الإيلاء فيجب أن يستأنف لها أربعة أشهر بعد الوطيء كما لو طلقها في الإيلاء ثم راجع استؤنفت أربعة أشهر من يوم رحل الفرج. وتأويل قول الشافعي خرج من حكم الإيلاء، أي فيما مضى من المدة دون المستقبل، وإذا أفاق طولب بالفيئة والطلاق وهذا غير صحيح لما ذكرنا.

ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: لا يخرج به من حكم الإيلاء ثم أفاق هل نستأنف له المدة من وقت الوطيء، أو يوقف في الحال؟ وجهان؛ أحدهما: ما ذكرنا أنه يستأنف. والثاني: يوقف في الحال؛ لأنّا قد ضربنا له المدة والوطيء الذي وجد منه كالمعدوم فإنه لم يتعلق به حنث، ولا خروج من حكم الإيلاء فصار كما لو لم يوجد، والصحيح ما ذكرنا. وإذا قلنا: خرج من حكم الإيلاء فالمذهب أنه لا تنحل اليمين، فإن أصابها بعد ذلك [١٢٠/أ] وهو عاقل تلزمه الكفارة وتكون منزلته في هذا الوقت منزلة من حلف قبل النكاح، ثم نكح يكون حالفاً لا يحكم عليه بحكم الإيلاء.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان؛ أحدهما: هذا والثاني: انحلت اليمين بالوطيء الأول، وهذا ليس بشيء. قال المزني: إذا خرج من حكم الإيلاء كيف لا يلزمه الكفارة؟ ولو لم تلزمه الكفارة ما كان حانثاً، وإذا لم يكن حانثاً لم يخرج به من حكم الإيلاء. ومراد المزني من هذا الكلام غير مفهوم؛لأنه يشبه أن يكون معناه أنه إذا خرج من حكم الإيلاء وجب أن تلزمه الكفارة ويشبه أن يكون معناه أنه إذا لم تلزمه الكفارة وجب أن

لا يخرج به من حكم الإيلاء وهذا أظهر الاحتمالين من كلامه قلنا: له الخروج من حكم الإيلاء بزوال المضارة وقد زالت وجوب الكفارة بحرمان العلم والقلم مرفوع عن المجنون فالأولى أن يفصل في الحكمين كما فصل الشافعي بينهما ولأن هذا الوطىء إبقاء حق لأدمي فلا يعتبر فيه القصد، وأما قول الشافعي رحمه الله «وكفر إذا أصابها وهو صحيح» يحتمل أنه أراد به إذا كانت مجنونة وهو عاقل تلزمه الكفارة إذا أصابها وهو صحيح، وله قصد بخلاف ما لو أصابها وهو مجنون لا كفارة عليه؛ لأنه جمع بين المسألتين فبين حكم الكفارة فيهما. ويحتمل أنه أراد: إذا أفاق من جنونه بعدما وطئ فيه، ثم وطئ مرة أخري يلزمه الكفارة وإن لم يكن مولياً.

فرع

لو استدخلت ذكره وهو نائم يخرج به من حكم الإيلاء ولا تلزمه الكفارة؛ لأنها وصلت إلى الإصابة وهو مرفوع العلم كما ذكرنا في وطئ الجنون، ولا تنحل اليمين به حتى لو وطئها بعد ذلك عمداً تلزمه الكفارة. وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان؛ أحدهما: هذا، والثاني: لا يخرج به [١٢٠/ب] من حكم الإيلاء لأن حقها في فعله لا في فعلها، ولم يحنث بذلك ولا يسقط به الإيلاء.

مسألة: قال: «والذميُّ كالمسلمِ فيمَا يلزمهُ من الإيلاءِ»[١].

الفصل

قد ذكرنا أن الإيلاء الذمي صحيح وتلزمه الكفارة كما تلزم المسلم خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ حيث قال: لا تلزمه الكفارة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصح إيلاءه بالله تعالى ويصح بالطلاق والعتاق. وهذا غلط لأنه يصح إيلاءه بالطلاق فيصح باليمين بالله تعالى كالمسلم. وقال مالك: لا يصح على معني أنه إذا أسلم لا يوقف ولا يطالب بشيء، واحتج بقوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغۡفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وهذا لا يصح؛ لأن الغفران من حقوق الله تعالى والفيئة من حقوق الزوجة فلا يسقط بالإسلام. ثم اعلم أن الحكم بصحة إيلائه ولزوم الكفارة إنما يكون حين يتحاكم إلينا، فأما قبل تحاكمه فلا نتعرض له، وإذا تحاكموا إلينا هل يلزم الحاكم أن يحكم بينهما؟ فيه قولان؛ أحدهما: يلزمه. والثاني: لا يلزمه. وإذا حكم يحكم بحكم الإسلام لكل حال؛ لأن حكم الله تعالى على العباد واحد. واختار المزني قول الوجوب فقال: هذا أشبه

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٠٤).

القولين؛ لأن تأويل قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، عند الشافعي أن تجري عليهم أحكام الإسلام، واحتج بأن الشافعي - رحمه الله - قال في كتاب «الجزية»: لو جاءت امرأة رجل منهم تستعدي بأن زوجها طلقها أو آلى منها أو ظهر منها، حكمت في ذلك حكمي على المسلمين». وقال أيضاً في كتاب «الجزية»: وإن جاء رجل منهم يطلب حقاً كان على الإمام أن يحكم على المطلوب، وإن لم يرض بحكمه، وقد مضت هذه المسألة في كتاب النكاح بالشرح.

مسألة: قال: «إذا كانَ العربيُّ يتكلمُ بألسنةِ العجمِ [١٢١/أ] فآلىٰ بأيٍّ لسان منها فهو قولٌ فِي الحكمِ».

الفصل

إذا كان العربي يحسن العجمية فآلي بالعجمية صح الإيلاء كما يصح الطلاق، وإذا آلى العربي بالعجمية وقال: لم أعرف معناه ولم يعرف أنه يعرف باللسانين فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل جهله به وهذا من حق المرأة، فأما في حق الله تعالى لوجوب الكفارة لا يحلف، بل هو أمر بينه وبين الله تعالى، وعلى هذا لو قال العربي لأمته بالفارسية: شهره حري تو وقال: لم أعرف معناه حلف ولم يعتق. ولو آلى العربي بالعربية ثم قال: جرى ذلك على لساني من غير قصد، أو قال العجمي هذا في إيلائه بالعجمية لم يقبل في الحكم؛ لأنه خلاف الظاهر ويدين ما بينه وبين الله تعالى. وأعلم أن فيما نقله المزني إشكالا، وذلك أنه قال: فهو مولٍ في الحكم، وإذا كان يحسن العربي العجمية فآلى بالعجمية فهو مول في الحكم وغيره، فما معنى تقييده بالحكم؟ وإزالة هذه الأشكال بأن يقال: لعل الشافعي تصور المسألة في عربي علماً أنه يتكلم بكلمات كثيرة من ألسنة العجم، فالظاهر أنه كان عالما بمعنى الإيلاء في اللغة العجمية لما آلي بلسان العجم، فإذا ادعى إني لا أعقل ما ذكرت جعلناه في الحكم مولياً، لأنا لما عرفناه ناطقاً بلغة العجم في كلمات كثيرة فالظاهر منه أنه علم بالإيلاء، فأما بينه وبين ربه عز وجل فهو أعلم، ويحتمل أنه لم يعقل هذه الكلمة الواحدة، وإن عقل الكلمات الكثيرة. والذي يدل على مراد الشافعي ما عطف على هذه المسألة «أنه لو كان لا يتكلم بالعجمية فقال: ما عرفت ما قلت وما أردت الإيلاء فالقول قوله مع يمينه» يعني في الحكم أن الظاهر هاهنا أنه لم يقل معناه.

مسألة: قال: «ولو آلىٰ ثمَّ آلىٰ».

الفصل

إذا آلى ثم آلى، مثل أن يقول: والله لا وطئتك خمسة أشهر [١٢١/ب] ثم قال: والله لا وطئتك خمسة أشهر، أو حلف على مدتين، فقال: والله لا وطئتك خمسة أشهر ثم قال: والله لا وطئتك سنة، فإذا مضت أربعة أشهر طولب، فإن وطىء حنث فيما قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في «الأم»: لا ينظر فإن أراد باليمين الثانية الأولى فكفارة واحدة، وإن أراد غيرها فأحب إليّ «كفارتان»، ويجزيه كفارة واحدة لأنهما يمينان في شيء واحد»، وهو المشهور من مذهبه. وقال أصحابنا: فيه قول آخر أن عليه لكل يمين كفارة. قال أبو إسحاق: وجوب الكفارتين بشيء، وإنما ذلك استحباب كما إذا نذر ثم نذر عليّ شيء واحد لم يلزمه الثاني ما لم يكن لزمه بالأول من الوفاء، فكذلك اليمين في الكفارة، وإن أطلق ولايته له، فإذا قلنا: إذا أراد غيرها يلزمه كفارة واحدة فهاهنا أولى، وإن قلنا هناك: يلزم كفارتان فها هنا قولان. وقال صاحب «الإفصاح»: إذا حلف على مدتين مختلفتين يجب كفارتان قولاً واحداً؛ لأنهما يمينان مختلفان، وهذا لا يصح؛ لأن الحنث واحد فلا تتكرر الكفارة، كما لو كانتا على مدة واحدة. قال القفال: بين الوصل وبين الفصل في هذه المسألة؛ لأنه لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، وقال: أردت به التأكيد كان تأكيداً والإيلاء كالتعليق؛ لأنه لا يوقع أمراً بل يوجب أمراً بخلاف ما لو قال: أنت طالق ثم قال: أردت به التأكيد لا يصح لأنه إيقاع.

مسألة: قال: «وقَدْ زعمَ من خالفنَا في الوقفِ أنَّ الفيئةِ فعلٌ يحدثُه بعدَ اليمين فِي الأربعةِ الأشهرِ إما بجماعٍ، وإمّا فِيء معذورٍ باللسانِ، وزعمَ أنَّ عزيمةِ الطلاقِ انقضاءُ أربعةِ أشهرِ بغيرِ فعلٍ يحدثُه».

الفصل

رجع الشافعي ـ رحمه الله ـ عليه إلى أول كتاب الإيلاء يناظر أبا حنيفة في الوقف وزمان الفيئة وقد تقدم بيان ذلك، ثم احتج عليه بأنه لما كان الفيء فعلاً منه يخرج به عن [١٢٢/أ] حكم الإيلاء، فكذلك وجب أن تتوقف على فعله، ولا يحصل ذلك بانقضاء المدة. وحرره أصحابنا فقالوا: الطلاق أحد ما يخرج به المولي عن حكم الإيلاء، فوجب أن يتعلق بفعله كالفيئة. واحتج أيضاً بأن ظاهر الآية أنه خيِّر بينهما في زمان واحد فيختار أحدهما في الزمان الذي يختار فيه الآخر، وأنت جعلت الفيء في المدة وعزيمة الطلاق عند انقضاء المدة. واحتج وأيضاً بأنه لو عزم أن لا يفيء بالمدة لم يكن شيئاً فكيف يحصل الفراق بقدم الفيئة عند انقضاء المدة من غير عزم، ولا إحداث أمر عند انقضاء المدة، ثم

إذا بطل مذهبه ثبت أن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، أراد: وإن أنشأوا الطلاق بعد انقضاء المدة، وقيل: مقصود من هذا الفصل أن عزم الطلاق عند الشافعي ظاهر اللفظ كما قال تعالى في آية التعريض بالخطبة: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، أي: ولا تتلفظوا، ولم يرد النهي عن الفيئة، وكيف ينهي عن الفيئة والتعريض بالخطبة مباح، وزعم أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ أن العزم في آية الإيلاء أن يمتنع عن الجماع في الأربعة الأشهر، فكأنه بالامتناع قصد وقوع الطلاق عند انقضاء المدة، فقال الشافعي: لو جاز أن يحمل هذا العزم على الفيئة لوجب أن يقال: إذا عزم طلاقاً في المدة قبل انقضائها، فإذا أجمعنا على أنها لا تطلق بالعزم حين يعزم فكيف تطلق بنفس انقضاء المدة من غير عزيمة ولا فعل أنشأه.

باب إيلاء الخصي(١)

مسألة: قال: «إذا آلىٰ الخصيَّ مِنَ امرأتِهِ فهوَ كغيرِ الخصيِّ».

الخصي إذا آلى من امرأته ـ وهو الذي سلت بيضتاه وبقي ذكره ـ حكمه حكم الفحل؛ لأنه يجامع كما يجامع الفحل، وإنما عدم الإنزال وذلك لا يؤثر. وقيل: جماع الخصي [١٢٢/ب] أقوى وأشد لعدم الإنزال، وقيل: قد ينزل ماءً رقيقاً أصفر ولهذا ألحق به الولد. وأما المجبوب فعلى ثلاثة أضرب؛ مجبوب قد بقي منه ما يمكن أن يولجه ويجامع به، فحكمه حكم غير المجبوب. ومجبوب لم يبقَ منه شيء أو بقي شيء إلا أنه لا يمكن إيلاجه فيه قولان؛ أحدهما: لا ينعقد إيلاؤه وهو الصحيح، وقد نص عليه في «الإملاء» وبه قال أبو حنيفة واختاره المزني؛ لأن الحنث غير متصور منه والمضارة غير متحققة. والثاني: ينعقد إيلاؤه نص عليه في «الأم» ونقله المزني إلي المختصر؛ لأن قصد المضارة باليمين قد ظهر منه. فإن قلنا بهذا قلنا له: فء بلسانك ولا شيء عليك غيره، والفيء باللسان من المجبوب أن يقول لها: لو قدرت لفعلت، ولا يقول: إذا قدرت فعلت؛ لأنه ميئوس من ذلك.

ومن أصحابنا من قال: النصان على حالين، فالذي قال ينعقد إيلاؤه إذا بقي له بعد الجب شيء يمكن منه الجماع، والذي قال لا ينعقد إذا لم يبقَ ذلك. ومن أصحابنا من قال: كما على حالين على وجه آخر: فحيث صحح الإيلاء صور فيمن آلى وهو غير مجبوب ثم اعترض الجب، وحيث لا يصح الإيلاء صور فيمن آلى وهو مسموح عند الإيلاء، وهو جماعة من أصحابنا. ومجبوب بقي من ذكره قدر ما يمكن الجماع به إلا أنه يدعي أنه عاجز

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٠٩/١٠).

لايمكنه الجماع به، فالقول قوله في ذلك وحكمه حكم العنين، وقد ذكرنا حكم من آلى ثم ثبتت عنته.

مسألة: قال: «ولو آلىٰ صحيحاً ثمَّ وجبَ ذكرهُ كانَ لها الخيارُ مكانهَا».

وقد بينا هذه المسألة في «كتاب النكاح» فإذا اختارت المقام فمضت أربعة أشهر، فإن قلنا بقوله في «الإملاء» لا ينعقد إيلاؤه، بطل إيلاؤه بالجب، وإن قلنا بقوله في «الأم» فلها المطالبة بعد انقضاء المدة وإيلاؤه باقٍ [١٢٣/أ] ورضاها بالمقام معه في خيار الجب لا يسقط خيار الإيلاء فيكفيه فيء معذور. وأما قوله «كان لها الخيار مكانها»: أي بسبب الجب العارض، ويكون على الفور قولاً واحداً، لأنه خيار عيب فلا مهلة فيها.

فرع

لو آلى من الرتقاء أو القرناء. قال أصحابنا: فيها قولان كالمجبوب، إلا أنا إذا قلنا يصح الإيلاء لا تضرب الإيلاء؛ لأن المنع بسبب من جهتها كالمريضة يصح الإيلاء منها ولا تحتسب عليه المدة، ولذلك يصح الإيلاء من الصغيرة ولا تضرب له المدة حتى تبلغ فتضرب له المدة، وكذلك من الناشرة ولا تضرب المدة حتى ترجع إلى الطاعة. وقال أبو حنيفة: تضرب للمرأة الرتقاء المدة عقيب الإيلاء، فإن فاء إليها بلسانه وإلا بانت بانقضائها، وكذلك عقده إذا نشزت المرأة أو غابت المرأة في المدة وهذا غلط؛ لأن حقه من الوطىء سقط بذلك فوجب أن تسقط المدة المضروبة له.

كتاب الظهار[١]

الأصل في الظهار الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡۖ إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ﴾ [المجادلة: ٢]، إلى آخر الآيتين. وأما السنة فما روى أبو داود بإسناده عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: «اتقى الله فإنه ابن عمك»، فما برحت حتى نزل القرآن: ﴿قَدۡ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوۡلَ ٱلَّتِي تُجَٰدِلُكَ فِي زَوۡجِهَا﴾ [المجادلة: ١] الآيات، فقال: «يعتق رقبة» فقلت: لا يجد. فقال: «يصوم شهرين متتابعين» [١٢٣/ب] فقلت: يا رسول الله، إنه شيخ كبير ما به من صيام قال: «فليطعم ستين مسكيناً»، قلت: ما عنده من شيء يتصدق به، قالت: فأتى من ساعته بعرق من تمر، فقلت: يا رسول الله إني أعنيه بعرق آخر، قال: «قد أحسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك»[٢]. وقال ابن سيرين: أول من ظاهر في الإسلام أوس بن الصامت. قال الأصمعي: العرق بفتح العين والراء السفينة التي تنسخ من الخوص كالزنبيل الكبير، وقد جاء تفسيره في هذا الخبر أنه ستون صاعاً. وروى أبو داود، عن محمد بن إسحاق، أن العرق للكيل يسع ثلاثين صاعاً[٣]، وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: إن العرق زنبيل يسع خمسة عشر صاعاً، وهذا يدل على أن العرق قد تختلف في السعة والضيق، فيكون بعض الأعراق أكبر وبعضها أصغر، وروى هشام بن عروة أن جميلة كانت تحت أوس بن الصامت، وكان رجلاً به لمم، فإذا اشتد لممه ظاهر من امرأته، فأنزل الله تعالى فيها كفارة الظهار[٤]. واللمم هاهنا الإلمام بالنساء وشدة الحرص، والتوقان إليهن. وأيضاً روى سليمان بن يسار، عن سلمة بن صخر قال: كنت امرءاً أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً يتتابع عليَّ حتى أصبح،

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤١١).

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الظهار (٢٢١٤)، وأحمد في «مسنده» (٢٦٧٧٤).

(٣) وهو تتمة الحديث السابق.

(٤) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الظهار (٢٢١٩).

فظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان، فبينما هي تحدثني ذات ليلة إذ تكشف له منها شيء، فلم ألبث أن وقعت عليها، فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقلت: امشوا معي إلى رسول الله ﷺ، قالوا: لا والله، فانطلقت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته، فقال: «أنت بذاك يا سلمة؟»، قلت: أنا بذاك يا رسول الله مرتين، وأنا صابر لأمر الله [١٢٤/أ] عز وجل، فاحكم فيما أراك الله سبحانه وتعالى، قال: «حرر رقبة» قلت: والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صفحة رقبتي، قال: «فصم شهرين متتابعين»، فقلت: وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال: «فاطعم وسقاً من تمر بين ستين مسكيناً»، قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما أملك لنا طعاماً، قال: «فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعهما إليك، فاطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر، وكل أنت وعيالك بقيتها» فرجعت إلى قومي وقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند النبي ﷺ السعة وحسن الرأي، وقد أمرني أو أمر لي بصدقتكم[١].

وقوله: «أنت بذاك يا سلمة» معناه: أنت المسلم بذلك والمرتكب له. وقوله: «بتنا وحشين»، معناه: بتنا مقفرين لا طعام لنا. وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً أتى النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله، إني قد ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر، فقال: «ما حملك على ذلك رحمك الله؟»، قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، قال: «فلا تقربها حتى تعمل ما أمرك الله تعالى»[٢].

وروي عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، أن سلمة بن صخر الأنصاري - أحد بني بياضة - جعل امرأته عليه كظهر أمه حتى يمضي رمضان، فلما مضى نصف رمضان وقع عليها ليلاً، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال: «أعتق رقبة». فقال: لا أجدها، قال: «فصم شهرين متتابعين ». قال: لا أستطيع، فقال: «أطعم ستين مسكيناً ». قال: لا أجد، فقال رسول الله ﷺ لعروة بن عمرو: «أعطه ذلك العرق، وهو مكتل [١٢٤/ب] يأخذ خمسة عشر صاعاً أوستة عشر صاعاً، أطعم ستين مسكيناً»[٣]. قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن. يقال: سليمان، ويقال: سلمى. وروى بكير بن الأشج عن سليمان بن يسارخبر

---

(١) أخرجه الترمذي في تفسير القرآن عن رسول الله، باب ومن سورة المجادلة (٣٢٩٩)، وأبو داود في الطلاق، باب في الظهار (٢٢١٣)، وأحمد في «مسنده» (١٥٩٨٦).

(٢) أخرجه الترمذي في الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر (١١٩٩)، والنسائي في الطلاق، باب الظهار (٣٤٥٧).

(٣) أخرجه الترمذي في الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء في كفارة الظهار (١٢٠٠).

سلمى بن صخر وذكر فيه: فأتي رسول الله ﷺ بتمر فأعطاه إياه، وهو قريب خمسة عشر صاعاً، فقال: «تصدق بهذا»، فقال: يا رسول الله، على أفقر مني ومن أهلي. فقال: «كله أنت وعيالك»[١]. وقيل: سليمان بن يسار لم يدرك سلمة بن صخر فإخباره عنه مرسل.

وأما الإجماع: لا خلاف بين المسلمين فيه، ثم أعلم أن الظهار مشتق من الظهر، كأنه يقول: ظهرك محرم علي كتحريم ظهر أمي. وإنما خص الظهر من بين أعضاء الأم؛ لأن كل مركوب سمي ظهرا لحصول الركوب على ظهره، والمرأة مركب الزوج، والظهار محرم لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢]، ومعنى ذلك أن الزوجة لا تكون محرمة كالأم. فإن قيل: أليس قوله: أنت علي حرام في معناه وليس بمحرم؟ قلنا: هو مكروه ولايحرم؛ لأن الله تعالى عاتب فيه فقال: ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١]، ولم يعقبه بما عقب به لفظ الظهار من الإنكار، وعلق بالظهار الكفارة العظمى ومنع الوطء قبل التكفير، وفي لفظة التحريم تتعلق كفارة اليمين، وليست اليمين والحنث محرمين، فلهذا لا يحرم. ويمكن أن يقال: التحريم يجتمع مع الزوجية، فأما تحريم الأم لا يجتمع معها فافترقا.

مسألة: قال: «فكلُّ زوجٍ جازَ طلاقُهُ وجرىٰ عليهِ الحكمُ مِنْ بالغٍ جرىٰ عليهِ الظهارُ»[٢].

الفصل

فإن تظاهرت امرأة من زوجها كان قولها لغواً. وقال الحسن، والنخعي، وابن أبي ليلي: يلزمها كفارة الظهار. وقال الأوزاعي: [١٢٥/أ] لو قالت لزوجها لا يكون شيئاً، ولو قالت لأجنبي: أنت عليَّ كظهر أمي، لزمتها الكفارة إذا تزوجته. وقال أبو يوسف: يلزمها كفارة اليمين، وهذا غلط لظاهر الآية، ولأنه لا يصح طلاقها فلا يصح ظهارها. وأما الرجال: فكل زوج صح طلاقه صح ظهاره حراً كان أو عبدا، مسلماً كان أو كافراً، ذمياً كان أو حربياً. وقول الشافعي: «جرى عليه الحكم» أراد طريق التأكيد، وهو توسع في عبارة الصلة، وهذ عبارة المحققين عند التحرير يستكثرون معاني الفقه في أوصاف الصلة، وإن كان الوصف الواحد فيها مستقلاً بنفسه، ولا فرق بين أن تكون المرأة مدخولاً بها أو غير مدخول بها، أو صغيرة أو كبيرة، أو حائضاً أو طاهراً، أو رتقاء أو صحيحة، أو عاقلة أو مجنونة، أو محلة أو محرمة.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الظهار (٢٢١٧).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤١٢).

وقال بعض العلماء لا يصح ظهار العبد، ونسبه صاحب «الحاوي» إلى مالك رحمه الله. واحتج بأن الله تعالى قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] والعبد لا يملك الرقبة، وهذا غلط لعموم الآية، ولأنه يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر. وأما ما ذكر لا يصح؛ لأنه أوجب تحرير الرقبة على من يجدها، وأوجب على من لا يجدها الصيام. وقال أبو حنيفة ومالك رحمهما الله: لا يصح ظهار الذمي؛ لأنه لا يصح منه الكفارة، وهذا غلط لما ذكرنا من الآية والقياس، ولا نسلم أن موجبة الكفارة بل موجبة التحريم، ولا نسلم أنه لا يصح منه الكفارة. ثم اعلم أن الكفارة تجب بالظهار والعود لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] والعود عند الشافعي أن يمسكها عقيب الظهار زوجة زماناً يمكنه فيه إرسالها فلا يفعل، فإذا ظاهر الكافر عن زوجته نظر، فإن عاد لزمته الكفارة، وإن أتبع الظهار طلاقاً فلا كفارة؛ لأنه لم يحصل العود، وإن لم يطلق ولكن أسلم أحدهما [١٢٥/ب] فلا يخلو إما أن تسلم هي أو يسلم هو؛ فإن أسلمت فلا فصل بين أن يكون كتابياً أو وثنياً؛ لأنه لا يجوز لها أن تقيم تحت كافر. ثم ينظر فإن كان إسلامها قبل الدخول عقيب الظهار لا يكون عائداً؛ لأنه لا يمكنه طلاقها عقيب الظهار، فإنها تبين بإسلامها عقيب الظهار كما تبين بالطلاق عقيب الظهار. ولو طلق عقيب الظهار وأسلمت عقيبه وافق إسلامها زمان الطلاق، فمنع ذاك نفوذ الطلاق؛ لأنه صادف زمان البينونة، كما لو قال: إن شئت فأنت طالق فمات لا يقع الطلاق، وإن كان إسلامها بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة، ولا يكون عائدا؛ لأنهما جارية إلي بينونة، فإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا كلام، وإن أسلم قبل انقضائها اجتمعا على النكاح، وهل يكون عائداً بالإسلام أو بالإمساك بعده مع قدرته على الطلاق؟ اختلف أصحابنا فيه. فقال ابن أبي هريرة: لا يصير عائداً إلا بالإمساك بعده. قال: ونص الشافعي على أن الرجعة عود دون الإسلام، فقال: «إذا ظاهر من امرأته وارتد، ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة فحسبما قدر ما يمكنه الطلاق لزمته الكفارة، فشرط ذلك الإمساك بعد الإسلام، وفرق بينهما بأن القصد من الإسلام الدين دون استباحة الفرج، فلم يكن عائداً، وليس كذلك الرجعة، فإن المقصود منها استباحة الفرج، فكان عائداً بها.

ومن أصحابنا من قال: يصير عائداً بنفس الإسلام كما بالرجعة والأول أصح. وقال القاضي الطبري: رأيت في البويطي يقول: فإن رجع في العدة فالكفارة لازمة فجعل الرجوع عود، وإن أسلم الزوج عقيب الظهار لم تخل المرأة من أحد أمرين؛ إما أن تكون كتابية أو لا تكون، فإن كانت كتابية فهما على الزوجية، ولكنه قد عاد لأنه أمكنه الطلاق [١٢٦/أ] عقيب الظهار فلم يفعل، وإن لم تكن كتابية نظر، فإن كان قبل الدخول بها بانت في الحال

ولم يكن عائداً، وإن كان بعد الدخول لم يكن عائداً؛ لأنه أجراها إلى البينونة كما لو طلقها، فإن أسلمت لم يكن إسلامها عوداً منه؛ لأن إسلامها اجتماع على الزوجية لا من جهته، ولكن متى أمسكها عقيب إسلامها مدة يمكنه طلاقها فهو عود، وهكذا إذا ظاهر مسلم من امرأته المسلمة فارتد الزوج عقيبه أو ارتدت المرأة لا فرق بينهما.

مسألة: قال: «أو في مدةٍ يمكنهُ رجعتَها».

يصح الظهار من الرجعية؛ لأنه يصح طلاقها ولا يكون عائداً؛ لأنها جارية إلى بينونة، ثم إذا راجعها يصير عائداً وتلزمه الكفارة، ونفس الرجعة عود، وقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: «مراجعته إياها بعد الطلاق أكثر من حبسها بعد الظهار». وقال بعض أصحابنا: فيه قولان؛ أحدهما قاله في «الأم»، وهو ما ذكرناه. والثاني: قاله في «الإملاء» لا يكون نفسها عوداً؛ لأن العود إمساكها بعد ردها، فأما الرجعة نفسها رد الإمساك ما كان بعد الرد، فإذا قلنا بالأول فإن طلقها عقيب الرجعة لم تسقط الكفارة، وإذا قلنا بالثاني تسقط الكفارة، وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة ثم تزوج بها هل يعود الظهار؟ فيه ثلاثة أقوال ذكرناها في كتاب النكاح.

فإذا قلنا: يعود فنفس النكاح هل يكون عوداً على هذين القولين يخرجا. قال المزني: ينبغي أن يكون معنى قوله في التي يملك زوجها رجعتها أن ذلك يلزمه إذا راجعها؛ لأنه يقول: لو تطهر منها ثم أتبع الظهار طلاقاً يمكن فيه الرجعة لم يكن فيه كفارة، وكذا قال: إذا طلقها ثلاثاً، وقد جمع الشافعي بينهما حيث يلزمان وحيث يسقطان. واختلف أصحابنا في مراده، فقال البغداديون: أراد به الظهار في عدة الرجعية لا يكون ظهاراً إلا بعد المراجعة؛ لأنه لم يكن عائداً إلا بعد [١٢٦/ب] الرجعة لا يكون مظاهراً إلا بعد أن يمسكها غير محرمة وهي محرمة. وقال البصريون: بل توهم المزني أن الشافعي حين جعله عائداً فيها فتكلم عليه، وهذا وقف على الشافعي وليس بمخالفة له، والحكم على ما ذكره على ما بينا.

مسألة: قال: «ولو تظاهرَ مِنْ امرأتهِ وهي أمةٌ ثمَّ اشتراهَا»[١].

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٤١٧).

الفصل

إذا تظاهر من زوجته الأمة صح ظهاره؛ لأنه يصح طلاقها على ما ذكرنا، فلو اشتراها بعد ذلك نظر، فإن اشتراها بعد العود لزمته الكفارة وإن انفسخ النكاح، ولا يحل له وطئها بملك اليمين حتى يكفر؛ لأن الفرج قد حرم عليه بالظهار فلا ترتفع إلا بالتكفير، وهذا يدل على أن المطلقة ثلاثاً إذا اشتراها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وقد ذكرنا فيه وجهاً عن أصحابنا، وهو غير صحيح. ولو أعتقها عن هذه الكفارة أجزأه، وإذا تزوج بها بعد ذلك حلت له، ولا يمنع أن تجزأ عن الكفارة، وإن كانت الكفارة وجبت بسببها، كما لو قال: إن ملكت أمة فلله عليّ أن أعتق رقبه، فمسك أمة ثم أعتقها عن نذره أجزأه. ولو كان اشتراها عقيب الظهار من غير فصل بأن كان سيدها حاضراً فقال عقيب الظهار له: بعنيها بكذا، فقال: بعتكها انفسخ النكاح، وهل صار عائداً؟ فيه وجهان: أحدهما: قاله أبو إسحاق وابن أبي هريرة: لم يصير عائداً؛ لأنه قد أبطل النكاح عقيبه فلم تلزمه الكفارة، وكان له وطئها بملك اليمين، قالا: وقول الشافعي: «لا يقربها حتى يكفر أراد إذا اشتراها بعد زمان، ألا ترى أنه قال: «لأنها لزمته وهي زوجة». قال القفال: وكذا لو اشتغل بأسباب الشراء من المساومة والمماسكة إلى أن تم الشراء بينهما. والثاني: لا يصير عائداً به؛ لأنه كان يمكنه تحريمها بالطلاق، فاشتغل بقوله: «بعنيها» وذلك غير محرم لها، وإنما هو طلب النقل من إباحة إلى إباحة وإمساك بالشراء، فصار عائداً. [١٢٧/أ] والأول أصح. وفيه وجه ثالث ذكره صاحب «الحاوي» أنه ينظر، فإن ابتدأ الزوج بالطلب فقال لمالكها: بعني لم يكن عائداً؛ لأنه شرع عقيب ظهاره فيما يرفع الزوجية كما لو شرع في الطلاق. وإن ابتدأ المالك عقيب ظهاره بالبذل فقال: بعتك، فقال الزوج: قبلت صار عائداً؛ لأن بذل المالك غير منسوب إلى فعل الزوج، فصار الزوج في زمان البذل ممسكاً عن رفع الزوجية وما يعقب البذل من قبول الدافع للزوجية كان بعد مضي زمان العود، فلذلك صار عائداً ووجبت الكفارة، فإذا قلنا بقول أبي إسحاق لو أعتقها وتزوج هل يعود حكم الإظهار؟ ينبني ذلك على ما ذكرناه من الطريقين لأصحابنا في عود النكاح بعد الفسخ هل يجري مجرى عوده بعد البيونة بالثلاث أو بما دون الثلاث؟ ومتى قلنا يعود حكم الظهار هل يصير عائداً بنفس العقد أو بمضي زمان يمكن فيه الطلاق على ما مضى من الوجهين.

مسألة: قال: «ولا يلزمُ المغلوبَ على فعلِه إلَّا مِنْ سكرٍ. وقالَ فِي «القديم»: في ظهارِ السكرانِ قولان: أحدهمَا: يلزمُه والآخرُ لا يلزمُه. قال المزنِي: يلزمُه وأشبه بأقاويله ولا يلزمهُ أشبهِ بالحقِ».

منصوص الشافعي رحمه الله تعالى في كتبه الجديدة والقديمة أن طلاق السكران

وظهاره صحيحان، والمزني نقله فيما نقله عن بعض كتبه الجديدة في الظهار، ولا فرق بين الظهار والطلاق، وقد ذكرنا فيها قولين وشرحنا ما قيل فيه، فإذا قلنا: يصحان، فإن كان له تمييز فهما يصحان في الظاهر والباطن، وإن لم يكن له تمييز بحال، قال ابن سريج، وأبو إسحاق: يصحان في الباطن والظاهر أيضاً؛ لأنّا نغلظ عليه بسكره فيوقعها. ومن قال: لا يصح في الباطن؛ لأنّا لا نقبل قوله أنه لم يكن له تمييز، ولو أخبرنا بذلك الصادق [١٢٧/ب] نحكم أنه لا يصح ثم اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: أحكامه أحكام الصاحي في جميع الحوادث سواء كان عليه أوله أو بعضه له وبعضه عليه، فطلاقه، وظهاره، ورجعته، ونكاحه، وإقراره، وعقوده كلها صحيحة لازمة، وكذلك إسلامه وردته، ونص الشافعي في البويطي على أن إسلامه صحيح فقال فيه: «فإن أسلم السكران جاز إسلامه، وأقبله إن لم يسلم إذا أفاق» قال هذا القائل: وقول الشافعي: «إذا ارتد السكران لم أستتبه في حال سكره» أخر استتابته؛ لأنه في حال الصحو أقرب إلى زوال الشبه عنه، وإفهام الدلائل إياه، والسكران تعارضه الشبه وتخفى عليه الدلائل ووضح الحق، ولم يقل ذلك؛ لأن إسلامه في حال السكر لا يصح، وهذا مذهب أبي إسحاق. وقال أبو عبد الله الختن في «شرح التلخيص»: يصح من قول السكران كل ما كان عليه، ولا يصح ماله والبيع بجميع ماله وعليه، ولا ينفرد أحد طرفيه عن الآخر، فوجب إبطال الطرفين، وكذلك حكم عقوده كلها، ثم إقراره فيما يلزمه في بدنه على ضربين؛ أحدهما: لحق الآدمي فيلزمه، والثاني: لحق الله تعالى من قبل الردة، وحد الزنا، وما في معنى ذلك فلا يقام عليه حتى يفيق؛ لأن توبته من ردته لا تصح في سكره، إذ هي له وما لزمه من حد الله تعالى، فرجوعه أن يرجع عنه بقول: ولا يصح في حال سكره أيضاً؛ لأنه له فوجب التأني به إلي أن يصح منه الرجوع بعد الإفاقة.

قال: رأيت ابن أبي هريرة يقول: لا تصح توبته في حال سكره من الردة. ومن قال بهذا قال: قول الشافعي: «إسلامه صحيح». أراد به من الكفر الأصلي فإن ذلك الإسلام عليه، فأما إسلامه من الردة فهم له فلم يصح، وهذه الطريقة حسنة ولكنها مخالفة لنص الشافعي [١٢٨/أ] لأنه صحح إسلام الوثني في حال سكره، ونحن نعلم أن إسلامه يدرأ القتل عنه ويخفف عنه أحكام كثيرة. ثم إن المزني اختار أنه لا يصح طلاقه ولا ظهاره. واحتج بأن الطلاق عند الشافعي لا يجوز إلا من أهل القصد والإرادة، ولا طلاق عنده على مكره لارتفاع إرادته، فالسكران الذي يعقل كالنائم. ثم ألزم نفسه سؤالاً فقال: فإن قيل: لأنه أدخل ذلك على نفسه. قلنا: وإن أدخله على نفسه فهو في معنى ما أدخله عليه غيره من ذهاب عقله وارتفاع إرادته، ولو افترق حكمهما باختلاف السبب لاختلاف حكم من يجب

بسبب نفسه أو بسبب غيره، فيجوز بذلك طلاق بعض المجانين.

وهذا الفصل غير مسلم للمزني؛ لأن أصحابنا قالوا: إذا قصد إزالة عقله بدواء فحكمه حكم السكران، فإن تداوى من مرض بدواء لا يعلم أن العقل يزول فحكمه حكم المجنون. ومن أصحابنا من مسلم هذا، وعلل بأنه لا تميل النفس إلى مثله فلا يحتاج إلى رادع. وذكر المزني في «المنثور» عن الشافعي أن رجلاً لو نطح رجلاً فانقلب دماغ الناطح والمنطوح، ثم طلقا امرأتيهما لا يقع طلاقهما، فسوى بين الناطح والمنطوح، وإن كان الناطح عاصياً دون المنطوح لما ذكرنا أنه لا تميل النفس إلى مثله وليس كا لمكره؛ لأنه أكره على اللفظ بغير حق بخلاف هذا وليس كالنائم؛ لأنه غير عاص بما أزال عقله بخلاف هذا. ثم الزم نفسه سؤالاً آخر فقال: فإن قيل: ففرض الصلاة يلزم السكران دون المجنون قيل: وكذلك فرض الصلاة يلزم النائم، فهل يجيز طلاق النوم لوجوب فرض الصلاة عليه وقد بينا الفرق بينه وبين النائم، واحتج بأن الله تعالى قال: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ [١٢٨ب/١٣] حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، فلم يكن له صلاة حتى يعلمها ويريدها، وكذلك لا طلاق حتى يعلمه ويريده: فقال له: أليس أجمعت الصحابة رضي الله عنهم على أن قذفه قذف في قصة المشهورة حين قال علي رضي الله عنه: إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى[1]، أرى أن يبلغ به حد المفترين، فلم يقل أحد منهم أنه لو افترى لم يلزم بالغربة حداً كما لا يلزم المجنون بها حداً، وإذا ثبت إجماعهم في لفظ واحد من ألفاظه فكذلك في غيره، وإنما لا تصح الصلاة منه في حال سكره؛ لأنه لا يتمكن من فعلها ومباشرة أركانها. ثم احتج بأن قول عثمان، وابن عمر، وعمر بن عبد العزيز، ويحيى بن سعيد، والليث بن سعد وغيرهم، فقال له: أما التابعون فلا حجة لك في قولهم، وأما عثمان، وابن عمر فأغلب الظنون أنهما كانا في تلك المشورة، فرأيهما في الجماعة أولى من رأيهما في الفرقة، وإن كانا غائبين عن المشورة فقول الأكثرين أولى. واحتج بفصل الردة، فقال: قال الشافعي: «وإذا ارتد سكران لا يستتاب في حال سكره»، وفي هذا دليل على أنه لا حكم لقوله: «لا أتوب»؛ لأنه لا يعقل ما يقول، فكذلك هو في الطلاق والظهار لا يعقل ما يقول. قيل له: ألست وافقتنا على صحته ردته في حال سكره كان دمه هدراً، وهذا مما لا يختلف فيه نص الشافعي رضي الله عنه، وكذلك قذفه. وإذا قتل في السكر قبلاً يوجب القصاص لزمه العود ولم يختلف النص فيه، وقد ذكرنا ما قيل في الاستتابة أنه أراد استحباباً. وأما حد السكران قد ذكرنا فيما تقدم، وقيل: إن الشافعي قال: «هو من غرب

---

(١) أخرجه مالك في «**الموطأ**»، كتاب الأشربة، باب الحد في الخمر (١٥٨٨).

عنه بعض عقله، فكان مرة يعقل ومرة لا يعقل». وقال الأوزاعي: هو من لا يميز ردائه من أردية الحر. [١٢٩/أ].

مسألة: قال: «ولو تظاهرَ منها ثم تركها أكثر من أربعة أشهر فهو متظاهر ولا إيلاء عليه»[١]. وإذا تظاهر من امرأته ولم يفارقها، قد ذكرنا أنه صار عائداً وهي حرام عليه حتى يكفر، فإن تركها ولم يكفر حتى مضت أربعة أشهر لم يكن مولياً ولا يطالب بالفيئة أو الطلاق، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، وقال مالك رحمه الله: يصير مولياً؛ لأنه منع نفسه من وطئها بقوله: «فكان مولياً»، وهذا غلط؛ لأن الظهار لفظ يتعلق به التحريم فلا يصير مولياً كالطلاق، ولأنه لا يلزمه بوطئها شيء فلم يكن مولياً، كما لو أحرم أو اعتكف. واحتج الشافعي رحمه الله عليه بأن الظهار والإيلاء أصلان متباينان لأن المظاهر بعد الظهار مطيع لله بترك الجماع عاص له لو جامع قبل أن يكفر، والمولي عاص بالامتناع عن الجماع، فكيف يصير المتظهر مولياً بالظهار، ولو جاز ذلك لجاز أن يصير المولي متظاهراً بالإيلاء، ولكن هذه أصول لا يدخل بعضها في بعض، وفي هذا اللفظ الذي نقله المزني إشكال؛ لأنه قال: وعاصٍ بالإيلاء، وليس مراده أنه غير عاصٍ بالظهار، وكيف لا يكون عاصياً وقد قال تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًاۚ﴾ [المجادلة: ٢١]، ولكن مراد الشافعي ما ذكرنا أنه عاصٍ بالامتناع عن الجماع في الإيلاء بخلاف الظهار. ثم قال الشافعي رحمة الله عليه: «وسواء كان مضاراً بترك الكفارة أو غير مضار، إلا أنه يأثم بالضرار كما يأثم إذا آلى منها أقل من أربعة أشهر يريد ضراراً ولا يحكم عليه بحكم الإيلاء». وقيل : مذهب مالك أنه يكون إيلاء إذا قصد به الضرار، وإن لم يقصد ذلك لا يكون مولياً.

مسألة: قال: «ولو تظاهرَ يريدُ طلاقاً [١٢٩/ب] كانَ ظهاراً».

إذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي ونوى به الطلاق كان ظهاراً، ولو قال: أنت طالق يريد به الظهار كان طلاقاً؛ لأن كل واحد منهما صريح في بابه في جنس واحد، فلا ينصرف بالنية إلى غيره. وقوله: «وهذه أصول»: أي كل واحد منها يخالف الأصول الأخر لفظاً ومعنى، فلا يكون الظهار إيلاء، ولا الإيلاء ظهارا، ولا الطلاق ظهاراً ولا إيلاء. وحكي عن مالك أنه قال: يصح الظهار بلفظ الإيلاء والإيلاء بلفظ الظهار، وهو غير مشهور. فإن قيل: أليس قوله: أنت عليّ حرام صريح في إيجاب الكفارة، ثم لو نوي به الطلاق أو

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٢٥).

الظهار صح. قلنا: هل تجب الكفارة بإطلاقه؟ ذكرنا قولين ولئن سلما فلا نقول إنه صريح في شيء، والكفارة تلزمه لما ذكرنا من قبل.

مسألة: قال: «ولا ظهارَ مِن أمَةٍ ولا أمِّ ولدٍ».

لا يصح الظهار إلا من الزوجات، فأما من الإماء وأمهات الأولاد لا يصح، وبه قال ابن عمر، وعبد الله بن عمرو، والأوزاعي، وأبو حنيفة، وأحمد، وإسحاق رحمهم الله. وقال مالك والثوري يصح الظهار من كل أمة مباحة له، وروي ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، واحتجوا بأنه فرج محلل له فصح منه ظهارة كالزوجة، وهذا الظاهر الآية ﴿وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] ونساؤنا أزواجنا، كما في قوله سبحانه وتعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، قال الشافعي رحمة الله عليه: ولو لزمها واحد من هذه الأحكام لزمها كلها، ولأنه لفظ يتعلق به تحريم الزوجية فلا يعمل من الأمة كالطلاق، ويؤكده أن الظهار كان طلاق الجاهلية، ونسخ حكمه دون محله. [١٣٠/أ]

باب ما يكون ظهاراً وما لا يكون[١]

مسألة: قال: «والظهارُ أنْ يقولَ الرجلُ لامرأتهِ: أنتِ عليَّ كظهرِ أميِّ».

الفصل

الظهار الذي ورد به الشرع أن يشبه جملتها بظهر أمه فيقول: أنت عليَّ كظهر أمي ولا فصل بين قوله: عليَّ، ومعي، وعندي، ومني؛ لأن هذه الحروف أدوات يقوم بعضها مقام بعض. وكذلك لو قال بدل قوله: أنت، بدنك أوجسمك، أو ذاتك، أو كلك، أو جملتك عليَّ كظهر أمي. ولو قال: أنت كظهر أمي، قال القفال: كان ظاهراً كما لو قال: أنت طالق كان طلاقاً وإن لم يقل مني. وقال الداركي: لا يكون ظهاراً لأنه ليس فيه ما يدل على أن ذلك في حقه بخلاف قوله: أنت طالق؛ لأن الطلاق من جنس الزوجية والجنس له دون غيره.

مسألة: قال: «ولو قالَ: فرجكِ، أو رأسكِ، أو ظهركِ، أو جلدكِ، أو يديكِ، أو رجليكِ عليَّ كظهرِ أميِّ كانَ ظهاراً، ولو قال: كبدنِ أميِّ أو كرأسِ أميِّ كانَ ظهاراً».

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٤٢٨).

نص الشافعي رضي الله عنه على أنه إذا شبه عضواً منها بظهر أمه كان ظهاراً، وإذا شبهها بعضو من أعضاء أمه كان ظهاراً. قال أصحابنا: وكذلك إذا شبه عضواً منها بعضو من أمه، كأن قال: رأسك عليَّ كرأس أمي أو كفرج أمي أو كيد أمي. وبه قال مالك وأحمد، ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر في «القديم» أنه لا ظهار إلا أن يقول: أنت عليَّ كظهر أمي؛ لأن هذا اللفظ هو المعهود في الجاهلية، وكان طلاقاً فغير الله حكمه، فعلى هذا حصول قولين، وقيل: لم يقل [١٣٠/ب] الشافعي في القديم أكثر من أن الظهار الذي ورد به القرآن: أنت عليَّ كظهر أمي، فإن قال: أنت عليَّ كظهر امرأة محرمة سوى الأم فيه قولان؛ فقال أصحابنا: فهذا يدل على أن في مسألتنا أيضاً قولين، ونص في القديم على أنه لو قال لها: رأسك أو بطنك أو فرجك أو رجلك عليَّ كظهر أمي كان ظهاراً، وليس كما لو شبهها بغير الأم في قول؛ لأن الأم أغلظ المحرمات والأعضاء كلها في الحرمة سواء، فعلى هذا المسألة على قول واحد. وقال أبو إسحاق: فيه وجه ثالث: ما كان من أعضاء الأم مخصوصاً بالكرامة والتعظيم كالرأس والثدي لم يكن مظاهراً في التشبيه به، وفي غير ذلك يكون مظاهراً، فإذا قلنا بهذا هل يكون كناية في الظهار حتى يصير مظاهراً بالنية؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق يكون كناية؛ لأن النية كالعرف. والثاني: وهو ظاهر قول أبي هريرة، لا يكون كناية ولا يكون ظهاراً، وإن نواه كما لا يكون التشبيه بغير أمه كناية ولا يكون ظهاراً، وإن نواه تعليلاً بالعرف. وقال أبو حنيفة: إن شبهها بعضو يحرم النظر إليه من الأم كالفرج والفخذ ونحو ذلك كان متظاهراً، وإن كان لا يحرم النظر إليه من الأم كالرأس والوجه لم يكن متظاهراً، وقال: لو شبه يدها بيدها أو يدها بجملتها لا يكون ظهاراً، كما قال في الطلاق، وهذا غلط؛ لأنه شبه زوجته بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها.

فرع

لو قال: إنت على كنفس أمي فيه وجهان؛ أحدهما: يكون صريحاً في الظهار؛ لأنه يعبر به عن الذات كالبدن. والثاني: يكون كناية ولا يصير ظهاراً إلا بالنية؛ [١٣١/أ] لأنه يحتمل أن يريد به الكرامة والتعظيم.

فرع آخر

لو قال: أنت عليَّ كزوج أمي فيه ثلاث أوجه: أحدها: يكون صريحاً في الظهار كالبدن؛ لأن البدن لا يقوم إلا بالروح ولا يستمتع بالبدن إلا مع الروح لجري ذلك مجرى تشبيهها بالبدن، وهو اختيار الداركي. والثاني: أنه كناية لما فيه من الاحتمال. والثالث: لا

يكون صريحاً ولا كناية؛ لأن الروح ليست من الأعيان المرئية التي يتعلق بها حظراً وإباحة، وهو اختيار ابن أبي هريرة.

فرع آخر

لو قال: ما فِي بطنكِ عليَّ كظهرِ أميَّ كانَ مظاهراً. ولو قال: حملكِ هكذَا لم يكن مظاهراً.

مسألة: قال: «ولو قال: أنتِ عليَّ كظهرِ امرأةِ محرمةِ من نسبِ أو رضاعِ»[(١)].

لم يرد به أن لفظ الظهار هكذا ولكن أراد [١٣١/ب] أن يشبهها بامرأة محرمة عليه من نسب أو رضاع كان كالتشبيه بالأم، وجملته أن النساء المحرمات على ثلاثة أضرب: ضرب يصير به مظاهراً كالأم، وكذا الجدة من قبل الأب أو من قبل الأم؛ لأنها في معنى الأم اسماً وحالاً وتحريماً. وإذا شبهها بالجدة هل يكون مظاهراً بالنص أو بالقياس على النص؟ وجهان؛ أحدهما: النص لأن الجدة تسمى أماً. والثاني: بالقياس على النص لما فيها من الولادة. وضرب لا يصير به مظاهراً، وهو كل امرأة كانت حلالاً له ثم حرمت عليه، ثم حليلة ابنه، وامرأة أبيه التي تزوج بها بعد ولادته، والصبية التي كانت حلالاً ثم أرضعت فحرمت عليه، والمطلقة ثلاثاً، وأخت زوجته أو عمتها أو خالتها، وهؤلاء غير محرمة على التأبيد، ولو شبهها بالملاعنة لم يكن مظاهراً وإن كانت محرمة على التأبيد لأنها لم تحرم بوصله بينه وبينها، بل حرمت بفرقة موصوفة، ولأنها كانت حلالاً له في وقت.

وقال مالك وأحمد: يكون به مظاهراً؛ لأنه شبه امرأته بمن لا تحل له على التأبيد، كما لو شبهها بالمحرمة وهذا غلط؛ لأن هذه المرأة كانت حلالاً، فإذا شبه زوجته بها احتمل أنه أراد الحالة التي كانت حلالاً له فيها فلم يكن مظاهراً، كما لو شبهها بالأجنبية. وقال بعض أصحاب مالك: إذا شبهها بظهر الأجنبية كان مظاهراً أيضاً، وإن شبهها بغير الظهر، فمنهم من يقول هو ظهار، ومنهم من يقول هو طلاق، لأنها غير محرمة على التأبيد، فأشبه إذا شبهها بالمحرمة من زوجاته. وأما الطلاق فلا وجه له إلا أن ينويه فإنه كفاية، واحتج بأنه شبه فرجاً محللاً له بفرج محرم عليه، كما لو شبهها المحرمة، والجواب عنه الفرق بعلتنا. وضرب فيه قولان، وهو كل امرأة لم تزل محرمة عليه على التأبيد بالوصلة كذوات المحارم غير الأم من امرأة أبيه التي تزوج بها [١٣٢/أ] قبل الولادة، أو أخيه من الرضاعة التي أرضعت قبل ولادته، والعمة، والخالة، والابنة وغيرها. قال الشافعي في

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٣١).

«الجديد»: يصير مظاهراً به وهو الصحيح، واختاره المزني؛ لأنه شبه زوجته بامرأة لم تحل له بحال الوصلة، فأشبه إذا شبهها بالأم. وقال في «القديم»: لا يصير به مظاهراً؛ لأن الله تعالى نص على الأمهات، وهن الأصل في التحريم، وغيرهن فرع لهن ودونهن، فلا يلحق بهن في حكم الظهار، وهذا لا يصح؛ لأن الله تعالى لما ذكر الظهار بين أنه قول منكر وزور، وهذا موجود في مسألتنا، فتعلق به الحكم، كما لو شبهها بالأم، ولأن النبي ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1]، فألحق الرضاع بالنسب. ومن أصحابنا من قال: في الأخت من الرضاعة التي كانت حلالاً له قول آخر؛ أنه يصير بالتشبيه بها مظاهراً؛ لأن المزني ذكر الأخت من الرضاعة وأطلق، ثم حكى قولاً آخر، فقال: وحفظي وحفظ غيري عنه أنه قال: لا يكون مظاهراً ممن كان حلالاً له في حال ثم حرمت، فحصل قولين، وهذا غير صحيح، وكان من حق المزني أن لا يطلق الجواب في الأول، بل كان ينبغي له أن يقسم حال الأخت من الرضاعة؛ لأنها ربما تكون حلالاً ثم تصير حراماً، وربما تكون حراماً ابتداءً وانتهاءً على ما ذكرنا، والمسألة على قولٍ واحدٍ في التي كانت حلالاً مرة أنه لا يصير مظاهراً. ومن أصحابنا من قال في الجدة قول آخر لا يصير مظاهراً؛ لأنها ليست بأم حقيقية وهذا ليس بشيء. وذكر الإمام الجويني صاحب «المنهاج» عن بعض أصحابنا أنه لو شبهها بظهر امرأة أبيه لا يكون مظاهراً بحالٍ، وإن لم تزل محرمة عليه بأن سبق عقدها ميلاده؛ لأنها محرمة عليه بالمصاهرة، والثاني اقتصر على ذكر النسب والرضاع دون المصاهرة، وهذا غريب. [١٣٢/ب]

فرع

لو قال: أنت عليَّ كظهر أبي، أو منك أبي، أو كأبي لا يكون مظاهراً. وقال أبو القاسم: إذا شبهها بظهر أبيه أو غلامه كان مظاهراً. وقال أحمد في رواية: إذا شبهها بالمحرمين من الرجال كان مظاهراً؛ لأنه شبهها بظهر ذي محرم منه كالأم، وهذا غلط؛ لأنه لا مدخل له في الاستمتاع، فأشبه إذا شبهها بالبهيمة.

فرع آخر

لو قال: أنت كظهر أبي وأمي كان مظاهراً. ولو قال: كظهر أبي أو كظهر أمي وعاد

---

(١) أخرجه البخاري في الشهادات، بابا لشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت (٢٦٤٥) والنسائي في النكاح باب ما يحرم من الرضاع (٣٣٠١)، وابن ماجه في النكاح، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (١٩٣٧)، وأحمد في «مسنده» (٣١٣٤).

باللسان، ومنع من الوطىء حتى يكفر.

فرع آخر

لو قال: أنا عليك كظهر أمك كان كناية، فإن أراد ظهاراً كان ظهاراً، وإن لم يرد ظهاراً لا يكون ظهاراً، ويجري مجرى قوله: أنا منك طالق، فإنه كناية من الطلاق خلافاً لأبي حنيفة فيهما.

فرع آخر

ذكر الشافعي رحمه الله أنه لو قال بعد ظهاره: إن شاء الله فيه قولان، واختلف فيه أصحابنا فقال بعضهم: هو محمول على الحكاية من غيره من الفقهاء كما في الطلاق. وقال بعضهم: تخريجه من الظهار صحيح، والفرق بينه وبين الطلاق أن جنس الطلاق مباح، فجاز أن يرتفع بالاستثناء، ومن قال بهذا قال: لو علق الظهار بشرط أو بصفة أو بأجل لا يتعلق ويقع ناجزاً، وهذا غريب.

فرع آخر

لو قال: أنت عليّ كظهر أمي إلا أن يشاء زيد ولم يعلم حاله كان مظاهراً.

فرع آخر

لو قال: أنا مظاهر منك كان مقراً بالظهار.

مسألة: قال: «ويلزمُ الحنثَ بالظهارِ كما يلزمُ بالطلاقِ»[1].

أراد به أن الظهار يصح تعليقه بصفة، مثل أن يقول لها: إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي، أو إذا قدم زيد، أو إذا جاء رأس الشهر ونحو ذلك، فإذا وجد الشرط صار مظاهراً؛ [١٣٣/أ] لأنه تحريم من الزوجية للزوج رفعه، فجاز أن يتعلق بالصفات كالطلاق، وهذا لأن الظهار في معنى الطلاق، فكان طلاقاً في الجاهلية فورد الإسلام فيه بالكفارة، كما كان الإيلاء طلاقا في الجاهلية فورد الإسلام فيه بضرب المدة.

فرع

لو قال لامرأتيه: إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما عليّ كظهر أمي، فدخلتا معاً كلا

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٣٣).

الدارين كان مظاهراً منهما. وإن دخلت كل واحدة منهما إحدى الدارين فيه وجهان.

مسألة: قال: «ولو قالَ: إذا نكحتكِ فأنتِ عليَّ كظهرِ أميِّ فنكحها لم يكنْ متظاهراً».
إذا قال لها: إذا نكحتك فأنت عليّ كظهر أمي لم ينعقد الظهار في الحال، وإذا نكحها لم يكن مظاهراً. وقال أبو حنيفة رحمه الله: يصير مظاهراً كما قال في الطلاق، وهذا لا يصح؛ لأن التحريم إنما يقع على من حلت له وهذه محرمة فلا معنى لتحريمها. قال الشافعي رحمة الله عليه: ويروي مثل ما قلت عن النبي ﷺ، ثم علي وابن عباس رضي الله عنهما وهو القياس، ولم يرد به في الظهار خاصة؛ لأنه لا يحفظ في ذلك خبر، بل هو مروي في الطلاق قبل النكاح، حيث قال ﷺ: «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتاق قبل الملك»[1]، والكلام في الطلاق والظهار واحد، والقياس الذي ادعى ولم يذكره هو أن شاء الله ما لا خلاف فيه أنه لو قال لأجنبية: إذا جاء رأس الشهر فأنت عليّ كظهر أمي، ثم تزوجها قبل رأس الشهر لا يصر مظاهراً؛ لأنه ظهار قبل النكاح، فكذلك إذا أضاف إلى النكاح لا يصير مظاهراً.

فرع

لو تزوجها على أنها عليه كظهر أمه بطل النكاح، وكذلك لو اشتري أمة بهذا الشرط بطل الشراء، ولو اشتري أخته [١٣٣/ب] بهذا الشرط صح الشراء.

مسألة: قال: «ولو قالَ: أنتِ طالقٌ كظهرِ أميِّ يريدُ الظهارَ فهو طلاقٌ»

الفصل

من هذا أربع مسائل: إحداها: أن يقول ذلك ولا نية له فيقع الطلاق ولا ظهار؛ لأن الصريح فيه أن يقول: أنت علي أو مني أو معي، وهاهنا قال: أنت طالق كظهر أمي، فكأنه قال ابتداء كأمي.

والثانية: أن يقول: أردت الطلاق وتأكيده بمعنى أنها تحرم به كظهر أمي، فقبل قوله؛ لأن مثل هذا يجعل صفة له على سبيل التأكيد. لو قال: أردت الظهار مع لفظ الطلاق يكون طلاقاً فقط.

والثالثة أن يقول: نويت بالطلاق الطلاق وبالظهار الظهار. قلنا: وقع الطلاق، وأما الظهار نظر فيه، فإن كانت غير مدخول بها بانت ولم يلحقها الظهار، وإن كانت مدخولاً بها

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح (٢٠٤٨).

فهذه رجعية ظاهر منها زوجها فيصح، فمتى راجعها فقد عاد الظهار. وقال صاحب «المنهاج»: من قال هذا يلزمه أن يسوي بين أن يفهم إرادة الظهار إلى لفظ الطلاق وبين أن يضعها إلى لفظ الظهار، فيجعله مظاهراً في الحالين؛ لأنه إذا قال: أنت طالق ونوى ظهاراً وقع الطلاق لا محالة، فإذا عقبه بقوله كظهر أمي وهذا صريح في الظهار مستقل بنفسه من غير إرادة، وجب أن يصير مظاهراً وهذا غريب.

والرابعة: وهي مسألة الكتاب، أن يقول: نويت الظهار بكل كلامي، كأنه قال: عبرت عن الطلاق بالظهار. قلنا: سقط بما نويت وكان طلاقاً؛ لأن الطلاق صريح في التحريم في جنس فلا يكون كتابة فيهن على ما ذكرنا من قبل.

فرع

لو قال: أنت عليَّ كظهر أمي طالق يكون مظاهراً بقوله الأول. وأما قوله: طالق إذا نوى أنها تصير [١٣٤/أ] بما قدمه من الظهار كالمطلقة فلا تصير؛ لأن حكم الظهار مخالف لحكم الطلاق. وإن نوى أن يصير الظهار الذي قدمه طلاقاً يكون ظهاراً ولا يكون طلاقاً. وإن نوى به إيقاع الطلاق بعد الظهار يكون مظاهراً ومطلقاً ويمنع الطلاق من العود. وإن لم ينو به شيئاً ففي وقوع الطلاق به وجهان؛ أحدهما: لا يقع؛ لأنه مبتور اللفظ. والثاني: يقع؛ لأنه من صريح ألفاظه وقد تقدم من المواجهة ما إذا تلفظ بعده بالطلاق صار مضمراً فيه، فكأنه قال: أنت عليَّ كظهر أمي وأنت طالق. والفرق بين أن يؤخر الظهار فلا يكون مظاهراً مع عدم النية، أن ما تركه بتأخر الطلاق حرفان؛ أحدهما: حرف المواجهة، وهو قوله: أنت. والثاني: حرف الالتزام، فجاز أن يكون حرف الالتزام مضمراً لعدم ذكره في الطلاق المتقدم.

فرع آخر

لو قال: أنتِ عليَّ كظهرِ أميَّ بلْ طالقٌ ثلاثاً كانَ مطلقاً.

مسألة: قال: «ولو قال أنتِ عليَّ حرامٌ كظهرِ أميَّ يريدُ الطلاقَ فهو ظهارٌ».

جملته أن قوله: أنت عليَّ حرام كظهر أمي، يريد الطلاق، فإن أراد به الظهار كان ظهاراً، فإذا ثبت هذا فمتى قال: أنت عليَّ حرام كظهر أمي فيه خمس مسائل: إحديها: أن يقول ذلك ولا نية له، فهو ظهار نص في «الأم» و«البويطي» لمعنيين؛ أحدهما: أن قوله عليَّ حرام كناية في الظهار إذا اقترنت به النية كان ظهاراً، فإذا اقترن به صريح لفظ الظهار كان أقوى من النية فكان ظهاراً؛ لأنه إذا كان إطلاقه ظهاراً كانت النية تأكيداً. والثانية: أن

يقول: نويت الطلاق بقول: أنت عليَّ حرام، قال في «الأم»: ونقله المزني [١٣٤/ب] في عامة نسخه: إنه طلاق، وبه قال عامة أصحابنا. وفي بعض نسخ كتاب المزني أنه ظهار، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن مطلق هذه الجملة صريح في الظهار، فإذا نوى بها الطلاق لم يكن طلاقاً، فقال بعض أصحابنا: فيه قولان؛ أحدهما: أنه طلاق، وبه قال أبو يوسف ومحمد، إلا أن أبا يوسف يقول: لا يقبل قوله في نفس الظهار، ووجه أن قوله: أنت عليَّ حرام مع نية الطلاق بمنزلة صريح الطلاق.

ولو قال: أنت طالق كظهر أمي كان طلاقاً، فكذلك الكناية مع النية. والثاني: أنه ظهار لما ذكرنا من العلة، والأول أصح، وما ذكره القائل الآخر لا يصح؛ لأن النية قارنت لفظ التحريم وسبقت لفظ الظهار، فكانت باللفظ أحق. ومن أصحابنا من قال قولاً واحداً أنه طلاق وغيره تصحيف من الناقل أو غلط. وقال القفال: نقل المزني من المختصر أنه ظهار، ونقل في «الجامع الكبير» أنه طلاق، وهما على حالين لا على قولين، فإن أراد الطلاق بقوله: أنت عليَّ حرام صح. ثم الكلام في قوله: كظهر أمي على ما مضى في المسألة قبلها. وإن أراد الطلاق بقوله: كظهر أمي فهو ظهار لا غير؛ لأن بلفظ الظهار لا يقع الطلاق، وليس هو من كنايات الطلاق. والرابعة: أن يقول: نويت الطلاق بقوله: أنت عليَّ حرام، والظهار بقوله: كظهر أمي، يقع الطلاق بقوله: أنت عليَّ حرام، ويكون مظاهراً بقوله: كظهر أمي؛ لأنه أرادهما معاً كما لو قال: أنت طالق كظهر أمي ونوى به كليهما، نص عليه في «البويطي» وقال فيه: لو قال: أنت عليَّ كظهر أمي حرام ونوى به الطلاق لزمه الظهار، لأنه صريح به، وأضاف إليه كلمة صفة له، والفرق بينهما ظهار، ومن أصحابنا من قال: يكون مظاهراً اعتباراً بقوله: كظهر أمي، ويسقط قوله: أنت عليَّ حرام، وهذا متولد من الخلاف قبل هذه المسألة، فإن [١٣٥/أ] من أصحابنا من اعتبر هناك ما نواه دون ما نطق، وهو المذهب المنصوص. ومنهم من راعى النطق وألغى ما نواه، وهذا إذا كانت مدخولاً بها، فإن لم تكن مدخولاً بها بانت بالطلاق. ولا يصح الظهار إذا قلنا يقع الطلاق بقوله: أنت عليَّ حرام مع النية في هذه المسألة. والخامسة: أن يقول: نويت بقولي أنت عليَّ حرام تحريم العين الذي يوجب كفارة يمين، فهو على هذا الخلاف، فإن اعتبرنا النية وجب كفارة يمين وسقط قوله: كظهر أمي. قال أبو حامد: وهو المذهب، وإن اعتبرنا النطق سقط ما نواه ويلزم الظهار، ولأنه قصد التحريم ووصفه بما يوجب الكفارة العظمى، فلا يقبل قوله في إسقاطها إلى الكفارة الصغرى.

فرع

قال ابن الحداد: لو قال لها: أنت عليَّ حرام، ثم قال: أردت به الطلاق والظهار، قيل له: إختر أيهما شئت، فإن اللفظة الواحدة لا تكون طلاقاً وظهاراً. وقال بعض أصحابنا: يكون طلاقاً؛ لأنه بدأ بذكره، فكأنه يلزمه من ذلك ما يبدأ به ومن نصر القول الأول، قال: الاعتبار بجميع لفظه، ألا ترى أنه لو قال: طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الأولى، وله أن يعين فيمن شاء كما لو طلق إحدى امرأتيه.

فرع آخر

قال في «البويطي»: قد قيل: من صرح بالطلاق والظهار والعتق ولم يكن له نية في ذلك لا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى طلاق ولا ظهار ولا عتق ويلزم في الحكم. قال: وحجته في ذلك قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية»[1] و«يرفع القلم عن ثلاثة»[2]، وإجماع العلماء أن المجنون والنائم إذا تلفظ بصريح لفظ الطلاق لا يلزمه، [١٣٥/ب] ثم قال: وقال مالك: من طلق أو أعتق أو ظاهر بلا نية يلزم ذلك في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى. قال: والحجة في ذلك لمن ذهب إليه ما ذكر الله تعالى من إتلاف المؤمن خطأ، وما أجمع عليه العلماء أن من مال آدمي خطأ فذلك عليه وإن لم ينو، وذلك من حقوق الآدميين، وللمرأة حق في منعها نفسها، وللعبد حق في حريته، وللمالكين حق في الظهار، ولم يعترض على أحدهما، فالظاهر أنه قصد تخريجه على قولين، وهذا غريب، حكاه القاضي الطبري.

مسألة: قال: «ولو قالَ لأخرىٰ: قَدْ أشركتكَ معهَا»[3].

الفصل

إذا ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة أخرى: أنت شريكتها أو أشركتك معها، أو أنت كهي، فإن ذلك كناية، فإن نوى الظهار به كان ظهاراً، وإن لم ينو شيئاً بل أطلق لم يكن شيئاً لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت شريكتها في الزوجية أو سوء الخلق. وقال مالك

---

(١) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب النية في الأيمان (٦٦٨٩)، ومسلم في الإمارة، باب قوله إنما الأعمال بالنية وأنه يدخل فيه الغزو وغيره (١٩٠٧)، والترمذي في فضائل الجهاد عن رسول الله، باب ما جاء فيمن يقاتل رياء وللدنيا (١٦٤٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٣٩).

وأحمد: يكون ظهاراً وإن لم ينوِ؛ لأن حكم العطف حكم المعطوف عليه، وذلك يقتضي التشريك، فأشبه إذا جمعهما في لفظ الظهار، وهذا غلط لما ذكرنا، ويفارق إذا جمعهما؛ لأنه وجد فيهما صريح اللفظ بخلاف مسألتنا. وقال في «الحاوي» قال في «القديم»: يكون مظاهراً من الثانية، فقيل: هذا قول ثان، وقيل: هذا حكاية مذهب الغير، ومن أصحابنا من ذكر قولاً آخر أنه لا يصح التشريك في الظهار أصلاً، ذكره ابن أبي أحمد وصاحب «الإفصاح»، وهذا على قوله القديم الذي يعتبر فيه الصريح كاليمين.

فرع

لو قال: أنت عليَّ كظهر أمي إن شاء زيد، وإن شاء زيد فأنت عليَّ كظهر أمي، فشاء زيد انعقد ظهاره قولاً واحداً؛ لأنه علق الصفة وقد وجدت، ولو قال: إن شاء، قد ذكرنا حكمه.

مسألة: [١٣٦/أ] قال: «ولو تظاهرَ من أربعِ نسوةٍ له بكلمةٍ واحدةٍ، فقالَ في كتابِ «الظهارِ الجديدِ» وفي «الإملاءِ» على مسائلِ مالكٍ: إنَّ عليهِ في كلِ واحدةٍ كفارةٍ».

الفصل

إذا تظاهر من أربع نسوة له نظر، فإن أفرد كل واحدة بالظهار فعليه في حق كل واحدة كفارة بلا إشكال، وإن ظاهر منهن بكلمة واحدة فقال لهن: أنتنَّ عليَّ كظهر أمي، قال في «الأم» و«الإملاء» عليه في كل واحدة كفارة. وبه قال أبو حنيفة وهو الصحيح، لأن وجد الظهار والعود في حق كل واحدة منهن، فوجب عليه لكل واحدة كفارة، ولأنه لو خاطبهن بالطلاق أوجبت الحرمة في كل واحدة، فكذلك إذا خاطبهن بالظهار أوجبت الحرمة. وإذا أوجبت الحرمة يتعدد تعدد الرافع، وهو الكفارة. وقال في «القديم»: يجزيه عن الكل كفارة واحدة. وبه قال مالك وأحمد، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه[١]؛ لأن لفظ الظهار متحد والكفارة تمحو اللفظ، وادعى المزني أن الشافعي رجع عن القول القديم إلى القول الجديد، والمسألة على قول واحد. وقال القفال: يمكن بناء القولين على أنه كالإملاء، أو كالطلاق، فإن جعلناه كالإملاء فكفارة واحدة، كما لو قال: والله لا أقربكن يكفي لهن كفارة واحدة إذا حنث. وإن قلنا: كالطلاق يلزمه أربع كفارات، ويمكن بناءهما أيضاً على أنه إذا تعددت اليمين واتحد الحنث هل يلزمه كفارة أو كفارات؟ وهو أن يقول: والله لا أكلم زيداً، ثم يقول: والله لا أكلم رجلاً ثم كلم زيداً؛ لأن هناك تعددت الأعيان واتحد

(١) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٢٧٠) (٣/ ٣١٩) والبيهقي في «الكبرى» (٧/ ٣٨٤).

الحنث، وهاهنا اتحد اللفظ ويتصور تعدد الصور المقرر للكفارة، وهذا البناء أبعد من الوجهين الأولين.

مسألة: قال: «ولو تظاهرَ منها مراراً يريدُ بكلِ واحدةٍ ظهاراً غيرَ الآخر [١٣٦/ب] قبلَ أن يكفرَّ فعليه بكلِّ ظهارٍ كفارةً»[(١)].

إذا كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة لا يخلو إما أن يكون متوالياً أو متفرقاً، فإن كان متوالياً نظر، فإن أراد بكل مرة الاستئناف كان عليه في كل مرة كفارة، كما عليه في لفظ تطليقه إذا كرر لفظ الطلاق وأراد الاستئناف، وإذا أراد التكرار على سبيل التأكيد يلزمه كفارة واحدة كما يكون في الطلاق تطليقة واحدة، ذكره في «الجديد». وعلى هذا إذا أطلق فيه قولان كما في الطلاق. قال أبو إسحاق: الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فجعل فيه كفارة، فكل لفظ كان حكمه أن يكون طلاقاً فالساعة حكمه الكفارة؛ لأن الكفارة أقيمت مقامه. وقال أبو حامد وصاحب «الحاوي»: المذهب في الظهار أنه إذا كرره وأطلق ولم ينوِ شيئاً يكفيه كفارة واحدة، والفرق بينه وبين الطلاق أن الطلاق يزيل الملك فهو أقوى من لفظ الظهار، لأنه يشعب الملك ولا يزيله، وهذا ضعيف، والصحيح ما تقدم، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، أنه لو قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي مائة مرة يلزمه مائة كفارة. وقال في «القديم»: تجب كفارة واحدة ويتداخل وإن أراد الاستئناف؛ لأنه لم يفد الثاني إلا ما أفاد الأول، والظهار يوجب تحريم فرجها حتى يكفر، فإذا لم يكفر ولم يحل الفرج لم يكن لإعادة اللفظ معنى، وإن لم يوال بين الألفاظ بل فرقها في الأيام. فإن أراد التأكيد كان تأكيداً كالمتوالي بخلاف الطلاق؛ لأن الطلاق مزيل للملك فروعي الولاء من تأكيده بخلاف الظهار.

ومن أصحابنا من قال: لا يجعل تأكيداً عند الفصل؛ لأنه أنشأ التحريم بخلاف الإيلاء لأنه تعليق قبل التأكيد وإن فصل. وقال القفال: فيه وجهان مبنيان [١٣٧/أ] على أنه يسلك مسلك الإيلاء أو الطلاق، وإن أراد الاستئناف كان استئنافاً، ثم إن كان الظهار الثاني بعد التكفير عن الأول يلزمه في الثاني كفارة، وإن كان قبل تكفيره فيه قولان. وإن أطلق، فإن كان بعد التكفير عن الأول حمل على الاستئناف وفيما يلزمه من الكفارة قولان. والثاني: يحمل على التأكيد. فإن تقرر هذا فحيث جعلناه تأكيداً لو طلق عقيب الألفاظ المتوالية لم يصر عائداً في شيء ولم يلزمه كفارة، لأنه استعمل بما يؤكد الكلام الأول فلا يجعله مخالفاً

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٣٩).

فيه ولا راجعاً فيه، وإذا جعلناه استئنافاً فهل يكون استقالة بالكلمة الثانية عوداً في الكلمة الأولى عند الموالاة؟ وجهان ذكرهما القفال؛ أحدهما عود كما قلنا فيما لو ظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات، فلما استقل عن الظهار بالثانية صار عائداً في الأول، فعلى هذا لو أطلق عقيب الكلمات الأربعة مثلاً لزمته ثلاث كفارات في المرات الثلاث الأول ولا يلزمه في الرابعة شيء. والثاني: أنه مادام مشتغلاً بجنس الظهار، فهو غير عائد، فإذا طلق عقيب الكلمات الأربعة لم يلزمه كفارة، وإن لم يطلق لزمته الكفارات حينئذٍ.

ومن أصحابنا من قال: الظهار الثاني في زمان عوده من الظهار الأول فلا يكون مظاهراً في وقت العود كما لا يكون عائداً في وقت الظهار، فإذا كرر الظهار خمس مرات يصير الثاني عوداً، ويصير الثالث ظهاراً ثانياً، ويصير الرابع عوداً في الثاني الذي كان ثالثاً، ويصير الخامس ظهاراً ثالثاً وهذا خطأ؛ لأن العود بالزمان والظهار بالقول فلم يقع الفرق في معنى زمان العود بين أن يكون فيه ممسكاً أو متكلماً، ولم يقع الفرق [١٣٧/ب] ولم يقع الفرق في كلامه بين أن يكون ظهاراً أو خطاباً وعلى هذا الوجه الذي ذكرنا يلزمه ثلاث كفارات. واعلم أن الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ قيد المسألة التي ذكرها بقوله: «قبل يكفر»، وهذا ليس بشرط في وجوب الكفارات ولكنه نص على أخص الحالتين تنبيهاً على الأظهر حتى إذا علمت وجوب الكفارات بهذه الألفاظ قبل يكفر لا يكاد يخفى عليك حكم المسألة إذا كرر بعد أن كفر.

مسألة: قال: «ولو قالَ: إذا تظاهرتُ من فلانةِ الأجنبيةِ فأنتِ عليَّ كظهرِ أميِّ فتظاهرَ من الأجنبيةِ لَمْ يكنْ عليهِ ظهارٌ».

الفصل

أما إذا قال: إن تظاهرت من امرأتي الأخرى فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم تظاهر من تلك يصير متظهراً من الأولى بالصفة ومن الثانية بالمباشرة، فإن عاد فيهما فعليه عن كل واحدة كفارة قولاً واحداً؛ وأقل أحواله أن يكون تظاهر من كل واحدة منهما بلفظ مفرد. ولو قال: إن تظهرت من إحدى امرأتي فالأخرى عليَّ كظهر أمي ولم يعين بالقلب إحديهما فمن أيتهما تظاهر متظاهراً من الأخرى. وإن قال لزوجتيه: إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنتن عليَّ كظهر أمي، ثم قال للأجنبية: أنت عليَّ كظهر أمي لم يكن عليه ظهار في واحدة منهما؛ لأن الظهار من الأجنبية لا يصح، ومتى علق الظهار بالظهار اقتضى الظهار الشرعي كما إذا علق الطلاق بالبيع المطلق ليقتضي البيع الشرعي، فإن تزوج بها وظاهر منها صح الظهار من التي تزوج بها، وهل يكون مظاهراً من امرأته؟ اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يكون

مظاهراً؛ لأن الصفة لم توجد [١٣٨/أ] وهو الظهار من الأجنبية، فإنه إذا تزوج بها لم تكن أجنبية. ومنهم من قال: يصير مظاهراً؛ لأن الصفة مع التعيين إذا اجتمعا بتعلق الحكم بالتعيين دون الصفة، ومثل هذا إذا قال: والله لا آكل هذه الرطبة فصارت تمرة، أو قال: لا آكل لحم هذه السخلة فصارت كبشاً، هل يحنث؟ وجهان. ولو قال: إن تظاهرت من فلانة أجنبية فأنت عليَّ كظهر أمي فتزوج بها وظاهر منها كان مظاهراً منها ولا يكون مظاهراً من امرأته؛ لأن الصفة لم توجد، فإن قوله أجنبيةً بالنصب يقتضي أن تكون هذه الصفة حالاً لها في حال الظهار، فإنه نصب على الحال. وإن تظاهر منها وهي أجنبية لا يصير مظاهراً من امرأته؛ لأنه لا يصح منها الظهار.

وقال المزني: يصير مظاهراً لأنه لا يراد بذلك إلا اللفظ، وهذا غلط لما ذكرنا. ولو قال: أردت به من فلانة الأجنبية إن ظاهرت منها بعد الزوجية قبل منه ذلك، فإذا تزوج بها وظاهر كان مظاهراً منهما جميعاً. ولو قال: أردت به إن خاطبتها بلفظ الظهار فخاطبها كان أيضاً مظاهراً منهما جميعاً إن كان قد تزوج بها. وإن كانت أجنبية صار مظاهراً من امرأته. ولو قال: إن تظاهرت من فلانة فأنت عليَّ كظهر أمي، وفلانة أجنبية ولكنه لم يقل أجنبية فإن تظاهر منها وهي أجنبية لم يصح منها ولا من زوجته، وإن تزوج بها فظاهر منها كان متظاهراً منهما قولاً واحداً، مثل أن قال: والله لا أدخل هذه الدار وهي في التقدير لزيد، فباعها زيد فدخلها حنث؛ لأنه علق اليمين بعينها فكذلك هاهنا.

باب ما يوجب على المتظهر كفارة(١)

مسألة: قال: «قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] [١٣٨/ب] قالَ: فالذِي عقلتُ ما سمعتُ في ﴿يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ أنهُ إذا أتَت علىٰ المتظاهرِ مدةً بعد القولِ بالظهارِ لم يحرمها بالطلاقِ الذِي تحرمُ بِهِ وجبتْ عليهِ الكفارةِ».

الفصل

عندنا كفارة الظهار لا تلزم بنفس الظهار، بل تجب بشرطين؛ الظهار والعود، فالظهار معلوم والعود أن يمسكها عليه عقيب الظهار مدة يمكنه طلاقها فلا يفعل، فإذا تظاهر وعاد استقرت عليه الكفارة. وقال سفيان الثوري: كفارة الظهار تجب بنفس الظهار، ومعنى الآية: والذين يظاهرون من نسائهم في الجاهلية ثم يعودون إلى ما قالوا في الإسلام. وروي هذا عن مجاهد، وحكى ابن سماعة هذا عن أبي حنيفة رحمه الله، واحتجوا بأن الله تعالى

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٤٤٣).

قال: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢]، فيجب أن ينطق به بالكفارة دون الإمساك فإنه مباح. وقال داوود وأهل الظاهر تجب بالظهار والعود، ولكن العود إعادة لفظ الظهار، فإذا كرر لفظ الظهار يصير بالثاني عائداً إلى ما قال، وهذا لأن العود مشتق من الإعادة. وقال مالك وأحمد: العود هو العزم على الوطىء، وهو رواية أخرى عن أبي حنيفة. وقيل: إنه قول للشافعي في القديم، وذكره ابن أبي أحمد، وهذا لأنه قصد باللفظ تحريمها، فإذا عزم على الوطىء فقد عاد فيما قصد.

وقال الحسن وطاووس والزهري: العود الوطىء، ويروى هذا عن مالك، لأنه حرم على نفسه الوطىء فالعود أن يطأ. وقال أبو حنيفة في الصحيح من الروايات عنه: كفارة الظهار لا تستقر في الذمة، بل هي شرط للاستباحة كالرجعة، فيقال له: إن أردت استباحة الوطىء تكفر، وإن لم ترد ذلك فلا تكفر، فإن وطىء قبل التكفير قلنا له: بئس ما فعلت ولا تعد إلى الوطىء حتى تكفر. واحتج بأن العود إنما يكون في مقوله دون قوله، ومقوله التحريم [١٣٩/أ] فالعود استباحتها، فمتى يريد الاستباحة يكفر، وهذا غلط؛ لأن قوله يقتضي تحريمها وإبانتها وزوال النكاح بينهما، فإذا أمسكها زوجة، خالف ما قاله وأحل ما حرمه، وهذا يسبق العزم على الوطىء، وكان هو الموجب للكفارة. فإن قيل: أليس قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾، وثم للمهلة والتراخي والإمساك يعقبه لفظ الظهار؟ قيل: لا يعقبه، بل يكون العود بمضي زمان يمكن فيه الطلاق فلا يطلق وهو متراخٍ. فإن قيل: ليس في خبر المستفتية عن ظهار زوجها أنها أخبرت بوجود العود. قيل: لما أخبرت بالظهار ولم تخبر بالطلاق دل ظهاره على عدم الطلاق وقد مضى ما بين لفظ الظهار إلى زمان الاستفتاء ساعات محتملة للتطليق، فاستغنى رسول الله ﷺ عن أن يسأل هل وجود هذا العود أم لا.

وأما ما ذكر سفيان الثوري لا يصح؛ لأن الله تعالى علق الكفارة بشرطين في الإسلام فلا يتعلق بأحدهما وهو الظاهر والعود بعده. وأما ما ذكره داوود لا يصح؛ لأن النبي ﷺ أمر المظاهر بالتكفير ولم يسأل هل أعاد اللفظ أم لا، ولأنها كفارة تجب باللفظ والشرط فلا يكون ذلك الشرط إعادة اللفظ ككفارة الإيلاء، ولأنه لم يقل: ثم يعودون إلى ما قالوا، بل قال: «لما قالوا»، وهذا يقتضي العود فيه لا العود إليه. وأما ما ذكر مالك لا يصح؛ لأنها كفارة فلا تتعلق بالعزم على المخالفة ككفارة اليمين، ولأنه إذا احتمل اللفظ ما ذكرتم وما ذكرنا فما قلنا أولى؛ لأن الإمساك يضيق العزم. وأما ما ذكره الزهري لا يصح؛ لأن النبي ﷺ أوجب الكفارة على أوس بن الصامت ولم يسأل عن وجود الوطىء، ولأنه أمسكها على الزوجية بعد التحريم الظهار فأشبه إذا وطىء، ولأن الله تعالى قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] فأوجبها قبل الوطىء. [١٣٩/ب] وأما ما ذكر أبو حنيفة لا

يصح؛ لأنه أوجبها بالعود والظهار، وعنده يحصل العود بالكفارة وهو الاستباحة، ثم الاستباحة ليست من فعله فلا معنى لشرطها في الكفارة، ولأنها كفارة تستقر في الذمة كسائر الكفارات.

مسألة: قال: «ولو أمكنهُ أن يطلقَها فلم يفعلْ لزمتهُ الكفارةُ، وكذلكَ لو ماتَ أو ماتتْ».

قال الشافعي في «الأم»: «فإن تظاهر منها أو أمسكها مدة يمكنه طلاقها فلم يفعل فقد وجبت الكفارة، فإن طلقها لم تسقط الكفارة، وكذلك إن مات أو ماتت». والمزني نقل بعضه فقال: «ولو أمكنه أن يطلقها فلم يفعل لزمته الكفارة، وكذلك إن مات أو ماتت» وحذف قوله: «فإن طلقها لم تسقط الكفارة» من وسط الكلام و أبطل معناه؛ لأن معنى ما نقل أنه إذا أمسكها عقيب الظهار مدة مكنه طلاقها لزمته الكفارة، وكذلك لو لم يطلق ولكن مات أو ماتت، ولا خلاف بين أصحابنا أنه لو مات أو ماتت عقيب الظهار لم يكن عائداً ولا كفارة. نقل المزني العطف وترك المعطوف، فخرج منه هذا السهو. ومن أصحابنا من اعتقد له فقال: أراد المزني إن طلقهاعقيب الظهار فلا كفارة، وكذلك إن مات أو ماتت، وهذا فقه واضح ولكنه غير ما قاله الشافعي وغير ما نقله المزني. ثم اعلم أن مقصوده أنه لا تسقط الكفارة الواجبة بموته ولا بموتها خلافاً لأبي حنيفة فإنه قال: تسقط جميع الكفارات بالموت وهذا غلط، لأنها لزمته قبل موته فلا تسقط بموته. وقال مالك: إذا مات بعد العزم على الوطىء الذي هو العود عنده سقطت الكفارة بعد وجوبها، ولو ظاهر ثم عجز في الحال عن الطلاق واتصل عجزه بالموت لا يلزم الكفارة؛ لأنه لم يحصل العود.

مسألة: قال: «ومعنىٰ قولُ اللَّهِ تعالىٰ: [١٤٠/أ] ﴿مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ وقتَ لأن يؤدَى فيهِ مَا وجبتْ عليهِ قبلَ المماسةِ حتىٰ يكفرَّ».

الفصل

بين الشافعي أن وقت الكفارة قبل الوطىء، وأنها موسع الوقت، وأن تحريم الوطىء إلى أن يكفر عقوبة فيه مضمومة إلى الكفارة، ومن الحدود ما ضم إليه تغليظ آخر كضم النفي إلى الجلد في الزنا وضم التفسيق إلى الحد في القذف كذلك ها هنا.

مسألة: قال: «فإذا منعَ الجماعُ أحببتُ أن يمنعَ من القبلِ والتلذذِ احتياطاً».

الفصل

إذا عاد المظاهر يحرم عليه الوطىء حتى يكفر لقوله تعالي: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن

يَتَمَآسَّاۚ﴾، وأما غير الوطيء من القبلة واللمس بالشهوة والوطيء دون الفرج، قال في «الجديد» ونقله المزني: «أحببت أن يمتنع احتياطاً». وقال في «القديم»: رأيت أن يمنع ذلك». فقيل: فيه وجهان، وقيل: قول واحد أنه لا يحرم. وقوله في «القديم»: رأيت أن يمنع» أراد احتياطاً واستحباباً، ووجه قوله القديم وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد في رواية، وهو اختيار جماعة من أصحابنا، أن الله تعالى قال: ﴿مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾، واسم المسيس يقع على الوطيء وما دونه، ولأنه لفظ يقع على التحريم في الزوجية فتحرم الدواعي كالطلاق، ووجه قوله الجديد وهو الأظهر أنه عارض في النكاح لا يزيل الملك بحال فلا تحرم الدواعي كالحيض والنفاس، أو وطيء محرم لا يتعلق به وجوب مال فأشبه ما ذكرنا.

مسألة: قال: «فإنْ مسَ لَمْ تبطلْ الكفارةُ»[١].

المظاهر إذا وجبت عليه الكفارة يحرم عليه وطئها ما لم يكفر، ووقت أداء الكفارة ما لم يطأ، فإن وطأ خرج وقت أدائها وكان تحريم وطئها قائماً، ولا كفارة عليه بهذا الوطيء ولا يقربها مرة أخري حتى يكفر، ومتى كفر بعد الوطيء كان قضاء، كما تقول في الصلاة إذا صلاها في الوقت كان أداء، وإن صلاها بعد خروج الوقت [١٤٠/ب] كانت قضاء. وقال سعيد بن جبير والزهري: تسقط عنه الكفارة؛ لأنها وجبت قبل المسيس وقد فات وقتها، وهذا غلط؛ لأن الثابت يقضى كصوم رمضان والصلاة. وقال عمرو بن العاص ومجاهد وعبد الرحمن بن مهدي: يلزمه بالوطيء كفارة أخرى، وهذا أيضاً غلط لما ذكرنا من خبر ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال للمظاهر بعد الوطيء: «اعتزلها»[٢] حتى يكفر ولم يوجب كفارة أخرى. وروى سلمة بن صخر البياضي أن النبي ﷺ قال في المظاهر يواقع قبل أن يكفر: «يكفيه كفارة واحدة»[٣].

مسألة: قال: « ولو أصابهَا وكفرَّ بالصومِ لم ينتقضْ صومَه».

من وجبت عليه الكفارة كانت على الترتيب، فيلزمه عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً، فإن كان من أهل الصيام فدخل في الصوم ثم أكل أو جامع عمداً نهاراً بطل صومه وعليه أن يستأنف شهرين، وإن لم يبطل

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٥١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الترمذي في الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر (١١٩٨)، وابن ماجه في الطلاق، باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر (٢٠٦٤).

صومه بأن أكل أو جامع ناسياً أو مكرهاً لم يبطل صومه ولا شيء عليه، وكذلك إن وطىء ليلا لم يقدم ذلك في الصوم ومضى على الكفارة، ولكنه يمضي بذلك. وبه قال أبو يوسف وأحمد في رواية. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد في الرواية الثانية: إذا وطىء المظاهر عنها كيفما كان في أثناء الصوم بطل صومه ناسياً كان أو عامداً، ليلاً كان أو نهاراً، ويلزم استئناف شهرين متتابعين. واحتجوا بأن الله تعالى قال: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٤]، فأوجب شيئين؛ إخلاهما عن المسيس، وتقدمها عن المسيس، وقد عجز الآن عن تقدمها على المسيس ولم يعجز عن إخلاهما عن المسيس، فوجب عليه ما قدر وسقط ما عجز [١٤١/أ] وهذا غلط؛ لأنه وطىء لم يلق الصوم فلا يلق الصوم، كما لو وطىء غير المظاهرعنها ليلاً. وأما الآية فهي دليلنا؛ لأن المأمور بتقديم الشهرين على المسيس مأمور بتقديم كل واحد من الشهرين على المسيس، فإذا وطىء ليلاً بعد صوم شهر فقد قدم شهراً على المسيس فيصوم شهراً آخر بعده، وهو أحسن من أن يصوم شهرين بعد المسيس، وهذا لصلاة العصر مأمور بأدائها قبل الغروب، فأداء ركعتين منها قبل الغروب وركعتين بعدها أحسن من أدائها بعد الغروب.

مسألة: قال: «ولو تظاهرَ فاتبعَ الظهارِ طلاقاً تحلُ فيهِ قبلَ زوجٍ».

الفصل

متى اتبع الظهار طلاقاً لم يكن عائداً بائناً كان أو رجعياً على ما ذكرنا. ولوطلقها عقيب الظهار ثم كفر بالمال قبل مراجعتها فيه وجهان.

مسألة: قال: «ولو تظاهرَ منها ثمَّ لاعنَها مكانهُ بلَا فصلٍ سقطَ الظهارُ»[1].

اختلف أصحابنا في صورة المسألة، فمنهم من قال: صورتها أنه قذفها وحملها إلى الحاكم وأتى بألفاظ اللعان الأربعة وبقيت عليه الخامسة التي يقع بها الفرقة، فظاهر منها ثم أتى بكلمة اللعنة التي هي الخامسة وهو اختيار ابن الحداد، فأما إذا اشتغل بألفاظ اللعان الأربعة فقد مضى زمان يمكنه فيه الطلاق ولم يطلق فيه، فيصير عائداً ويستقر حكم الظهار، والكلمة الخامسة تعذر زمان الطلاق. وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة: هذا خطأ، وصورة المسألة أنه ظاهر وابتدأ باللعان عقيبه فلا يكون عائداً ولا كفارة عليه؛ لأنه أخذ في تحقيق التحريم والفسخ يحصل بجميع ألفاظه، وكونه أفضل من لفظة الطلاق لا يوجب حصول العود، كما لو ظاهر من نسائه ثم مال عقيبه: أنت يا زينب، ويا عمرة، ويا فلانة طوالق،

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٥٥).

وعلى هذا لو قذف عقيب الظهار ثم لاعن كان عائداً؛ لأن القذف [١٤١/ب] ليس من الألفاظ التي تقع بها الفرقة، وقال في «الإفصاح»: وقد قيل: إنه وإن قذف عقيب الظهار وأخذ في اللعان فلا كفارة عليه، لأن القذف من أسباب الفرقة، وذكره المزني في «الجامع الكبير». قال ابن سريج: لا يفرق هذا للشافعي ولا وجه له، لأن القذف يوجب عليه الحد، ولكن له إسقاطه بالبينة أو اللعان إذا طالبه به، ولا يحصل اللعان بالقذف، وباللعان مع الفرقة لا بالقذف. وقال القفال: ما ذكره في «الجامع الكبير» أصبح حتى لو قذف بعد الظهار في بينة ثم اشتغل بأسباب اللعان من المرافعة إلي الحاكم والدعوة إلى أن تم اللعان بينهما فلا كفارة، وإن لم يظفر بالحاكم إلا بعد مدة، وهذا كما أنه يبيع عبداً غائباً ويشتغل بأسباب تسليمه فيجوز ولا يجعل ذلك بيعاً تراخي فيه التسليم عن حالة العقد، وهذا غير صحيح عند أكثر أصحابنا لما ذكرنا.

فرع

قال ابن الحداد: لو قال لها: أنت عليّ كظهر أمي يا زانية، أنت طالق، يلزمه اللعان. وهذا على المذهب المشهور أن بالقذف عقيب الظهار يصير عائداً، وعلى ما ذكرنا في «الجامع الكبير» لا يكون عائداً ولا كفارة لأنه ينسب إلي اللعان الموجبة للفرقة.

مسألة: قال: «وقالَ في كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابنُ أَبِي ليلى»: لو تظاهرَ منهمَا يوماً فلمْ يصبهَا حتىٰ انقضىٰ لمْ تكنْ عليهِ كفارةٌ».

قد بينا حكم الظهار المطلق، فأما الظهار الموقت كقوله: أنت عليّ كظهر أمي يوماً أو سنة فيه قولان: أحدهما وهو الذي نقله المزني: يكون ظهاراً، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، واختاره المزني؛ لأنه حكم ثبت لكونه منكراً وزوراً، وهو موجود في الوقت، وقد روي في خبر مسلمة بن صخر أنه قال: تظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، وحكم النبي ﷺ فيه بحكم الظهار المطلق، واحتج المزني بهذا القول [١٤٢/أ] فقال: أصل قوله أن المتظاهر إذا حبس امرأته مدة يمكنه الطلاق فلم يطلقها فيها فقد عاد وجبت الكفارة عليه، وقد حبسها بعد التظهر يوماً يمكنه الطلاق فيه فتركه فعاد إلى استحلال ما حرم، فالكفارة لازمة له في معني قوله. والثاني: ذكره في اختلاف العراقيين: لا تكون ظهاراً، وبه قال مالك والليث وابن أبي ليلي؛ لأن الظهار إذا أطلق تحريمها كإطلاق تحريم الأم، فإذا علق تحريمها في وقت دون وقت لم يصح، كما لو شبهها بامرأة محرمة عليه وكانت حلالاً له لم يصح الظهار، ويؤكده أن الظهار المعهود في الجاهلية والإسلام هو الظهار المطلق، والترتيب خارج عن موضوعه. فإذا قلنا بهذا القول فإن لم يطأها حتى انقضت المدة فلا كفارة، وإن

وطئها في المدة فيه وجهان؛ أحدهما: يلزمه كفارة يمين على ظاهر ما قاله في هذا الموضع، ويصير بخروجه من الظهار محرماً لها بغير ظهار فتلزمه الكفارة، كما لو آلى منها ثم وطىء. والثاني وهو الأصح: لا كفارة عليه؛ لأن لفظ التحريم موجب للكفارة في الحال من غير أن يتعلق بالوطىء والإيلاء يمين، وهذا غير حالف فيكون قول الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى عليه الكفارة محمولاً على أنه جمع بين الإيلاء وهذا الظهار، فعاد جوابه إلى الإيلاء دون الظهار، وهذا قول أبي الطيب بن سلمة.

وقال الإمام أبو محمد الجويني: إلحاق الشافعي هذه المسألة باليمين وكفارتها يوهم أنه لو جامعها في الظهار الموقت قبل انقضاء ذلك الوقت كانت كفارته كفارة اليمين وليس كذلك، بل كفارته كفارة الظهار، نص عليه الشافعي في غير هذا الموضع، وإنما ألزمناه كفارة الظهاركالمظاهر، لأنها وجبت بسبب لفظ الظهار والمنكر من القول والزور وإن لم نجعله في جميع أحكامه كالمظاهر. وإذا قلنا: يكون ظهاراً فانقضي زمانه زال الظهار، [١٤٢/ب] إلا أنه إذا لم يطلقها عقيب الظهار وأمسكها في اليوم هل يكون عائداً؟ ظاهر نصه أنه لا يكون عائداً، وإنما العود منه بالوطىء في المدة؛ لأن إمساكه إياها لا يدل على العود لجواز أن يمسكها؛ لأنها تحل له بعد اليوم فجعل العود فيه الوطىء فإن لم يطىء حتى ذهب الوقت سقط حكمه؛ لأن العود لم يحصل، وإن وطىء يلزمه كفارة الظهار ولا يحل الوطىء أيضاً بعده في ذلك اليوم حتى يكفر.

ومن أصحابنا من قال: يكون عائداً بالإمساك؛ لأنه أمسكها على النكاح زماناً يمكنه فيه الطلاق، وهذا اختيار المزني. وقال القفال: إذا قلنا إنه يكون ظهاراً هل يكون مؤبداً أو مؤقتاً؟ وجهان؛ أحدهما: مؤبد، فالطلاق المؤقت يتأبد، وعلى هذا يكون العود فيه كالعود في المطلق. والثاني وهو المنصوص: أنه مؤقت، وهذا خلاف النص الصريح، ويحكى عن مالك هذا القول أنه يصير مطلقا ويسقطّ التأقيت، وهو غلط لما ذكرنا. وقيل: أصل هذا الخلاف أن الظهار هل يسلك مسلك الإيلاء أو مسلك الطلاق؟ وفيه قولان. وقال القفال: العود نفس الجماع في قوله القديم، وأصل هذين القولين ها هنا أن العود ماذا؟ فإن قلنا بأنه الجماع فها هنا يصير عائداً بالجماع ويلزمه الكفارة به، وإن قلنا إنه بالإمساك فها هنا كذلك أيضاً، وهذا غريب والاعتياد على ما سبق.

مسألة: قال: «ولو تظاهرَ وآلىٰ، قيل له: إن وطئتْ قبلَ الكفارةِ خرجتَ من الإيلاءِ».

الفصل

قد مضت هذه المسألة بشرحها في كتاب الإيلاء، والمقصود أن الوطىء بعد الظهار لا

يصير حلالاً بسبب الإيلاء وقد ذكرنا أنه هل يتحتم بتحريم الوطىء طلاقاً ويتعين؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يتعين. والثاني: لا يتعين؛ لأن عجزه عن الوطىء بالتحريم كعجزه عنه بالمرض فيفيء بلسانه فيء معذور، ثم يوحد التفكير [١٤٣/أ] عن ظهاره ولا يمهل فيه مع المكنة منه، فإذا كفر زال عذره ولزمه أن يفيء بالإصابة كالمريض إذا صح من مرضه.

باب عتق المؤمنة في الظهار(١)

مسألة: قالَ اللَّهُ تعالىٰ في المظاهرِ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ قال: «فإذا كانَ واحداً لها أو لثمنَها لم يجزئهِ غيرها».

قدمنا أن كفارة الظهار على الترتيب ككفارة الفطر على الترتيب، فإن كان في ملكه رقبة لزمه إعتاقها، وكذلك إن لم يكن في ملكه ولكنه قادر على ثمنها فتمكن من شرائها بثمن مثلها يلزمه ذلك، ولا يجوز له العدول إلى الصوم، ويفارق هذا إن لم يكن في ملكه ابنة مخاض وقدر على شرائها يلزمه شراؤها، ويجوز له العدول إلى ابن لبون وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم.

فرع

لو لم يجد الرقبة فنوى في الليل صوم شهرين من الغد فقبل طلوع الفجر وجد الرقبة يلزمه الإنتقال إليها؛ لأن الرقبة موجودة قبل الشروع في المقصود من أي البدل، ولو لم يطلب الرقبة فنوى في الليل الصوم ثم طلب الرقبة في الليل مع تحمل المشقة ولم يجدها، فطلع الفجر ولم يعد النية بعد الطلب لا تصح النية؛ لأنه تقدم وقت الجواز فصار كمالو تيمم قبل الطلب ثم طلب الماء ولم يجد لا يصح تيممه، ولو طلب الوقت قبل وجوبها ولم يجدها فلما وجبت نوي وكان ليلاً ولم بطل الفصل من وقت الطلب لم تصح النية أيضاً كما لو طلب الماء قبل وجوب التيمم، فلما وجب تيمم لم يجز، هكذا ذكره والدي رحمه الله. ويحتمل وجهاً آخر أنه لا يصح؛ لأن العدم متحقق.

مسألة: قال: «وشرطَ اللهُ عزَ وجلَ في رقبةِ القتلِ مؤمنةً كما شرطَ العدلُ في الشهادةِ [١٤٣/ب] وأطلقَ الشهودَ في مواضعَ».

الفصل

لا يجزئ من كفارة الظهار وغيرها إلا رقبة مؤمنة، وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق،

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٦٠).

والأوزاعي. وقال أبو حنيفة، وعطاء، والثوري، والنخعي: لا يشترط إلا في كفارة القتل. ويحكى هذا عن الأوزاعي أيضاً، وهذا غلط؛ لأنه عتق في كفارة يشترط فيه الإيمان كما في كفارة القتل. واحتج الشافعي بأن الله تعالى لما شرط العدالة في موضع في الشهود وأطلق في سائر المواضع حمل المطلق على المقيد. واحتج أيضاً بأن الصدقات لما لم تصرف إلى المؤمنين كذلك العتق وتحريره، فإنه حق مال يجب على سبيل الطهر كالزكاة. واحتج أصحابنا فيه بما روي عن الشريد بن سويد الثقفي قال: قلت: يا رسول الله، إن أمي أوصت إلى أن أعتق عنها رقبة، وإن عندي جارية سوداء نوبية، فقال: «ادع بها» فقال: «من ربك؟ قالت: الله. قال: «فمن أنا؟» قالت: رسول الله. قال: «اعتقها فإنها مؤمنة»(١). فدل أنه يشترط الإيمان في كل عتق واجب.

فرع

لو نذر أن يعتق رقبة وأطلق، هل يشترط الإيمان؟ لا نص فيه، واختلف أصحابنا فيه على وجهين؛ أحدهما: يشترط قياساً على الرقبة الشرعية. والثاني: لا يشترط للإطلاق.

مسألة: قال: «فإن كانتْ أعجميةُ وصفتْ بالإسلامِ». أراد بالعجمية من لا يحسن العربية لا يختص هذا بالفرس والروم والنبط في ذلك واحد. ومعنى قوله: «وصفت بالإسلام» أي عقلت ووصفت، فأما إذا لقنت وتلقنت ولم تعرف ذلك لا يجوز، وهذا لأن الشرط حصول الإسلام. فإذا تقرر هذا إن كان المعتق يحسن العجمية يسمعها تصف الإسلام بالعجمية أجزاه ذلك، وإن لم يحسن [١٤٤/أ] العجمية لا بد من شاهد وعدلين يشهدان بأنها وصفت بالإيمان؛ لأن الترجمة لا تقبل إلا من شاهدين عدلين. فإن قيل: الرقبة إذا وصفت الإسلام جاز إعتاقها عن الكفارة أعجمية كانت أو عربية، فما فائدة قوله: فإن كانت أعجمية؟ قلنا: مقصود الشافعي إنها متى وصفت أصل الإسلام أجزأت، وإن كانت لا تهتدي إلى فروع الإسلام ومشاعره وتوابعه وكانت العرب سابقين إلى الإسلام فربما كان العربي في ذلك الزمان يعرف ويحسن من الإسلام وأحكامه ما لا يعرف العجمي غير أن العجمي إذا شارك العربي في أصل الإسلام مشاركه في اسم الإسلام وحكمه، وكأن قال: إذا وصفت الإسلام أجزأته ورن كانت أعجمية.

(١) أخرجه النسائي في الوصايا، باب فضل الصدقة عن الميت (٣٦٥٣)، وأبو داود في الأيمان والنذور، باب في الرقبة المؤمنة (٣٢٨٢)، وأحمد في «مسنده» (١٧٤٨٥).

مسألة: قال: «فإنْ أعتقَ صبيةً أحدَ أبويَها مؤمنٌ، أو خرساءَ جليبةَ تعقلُ الإشارةَ بالإيمانِ أجزأهُ».

الصبي إذا كان أبواه مسلمين، أو أبوه يحكم بإسلامه بلا خلاف، وإن كانت أمه مسلمة وأبوه كافر يحكم بإسلامه عندنا خلاف لمالك، وهذا لأن من تبعه الحمل تبعه الولد المنفصل كالأب. وقال عطاء: لا يصير الولد مسلم حتى يسلم أبواه معاً، فإذا تقرر هذا يجوز إعتاقه عن الكفارة، وإن كان لهن يوم مثلاً؛ لأن القصد تكميل الشخص لا القيمة ولا المنفعة في الحال. وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: إذا أعتق وصيفاً لا يجوز، ثم رجع وقال: يجوز؛ لأن الله تعالى أطلق الرقبة ولم يفصل. وقال أحمد: لا يجوز عتقه إلا بعد البلوغ؛ لأنه لا يقدر على عمل وإيمانه ناقص أيضاً. وهذا غلط؛ لأنه إيمانه كامل ولهذا يقتل به المؤمن البالغ وهو سليم الخلق وترجي منفعته وقال مالك: لا يجوز إلا بعد أن يصلي ويصوم بعد البلوغ. وحكى عن مالك أنه قال: أحب أن لا يعتق إلا بالغاً. وعندنا يستحب هذا أيضاً فلا خلاف على هذا. وحكى عن أحمد [١٤٤/ب] أنه قال: يعجبني أن لا يعتق إلا من يعبر عن نفسه لقوله ﷺ «الإيمان قول وعمل»[(١)]، وهذا إشارة إلى الاستحباب فيرتفع الخلاف معه أيضاً. فإن قال قائل: أي فائدة في نصوص الشافعي رحمه الله تعالى مسألة الإيمان في الأنثي حيث قال: «وإن أعتقَ صبية أحد أبويها مؤمن»، وعلى هذا أجري أكثر المسائل؟ قلنا: يحتمل أنه قصد متابعة لفظ الكتاب حيث قال تعالي: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ واسم الرقبة تأنيث، ثم ينطلق ذلك على الذكر والأنثى، ويحتمل أنه قصد جزالة اللفظ، فإن اللفظ في كنايات الأنثى أجزل وأفصح، وهذا نظير ما قال في كتاب الزكاة: «ولو تسلف الرجلين بعيراً فأتلفاه».

الفصل

ولو تسلف الرجل واحد كان حكمه كما لو تسلف لرجلين، ولكن اللفظ في الاثنين وكناياتها أجزل وأفصح. وأما الرقبة الخرساء قال الشافعي رحمه الله في «الجديد»: يجوز إعتاقه إذا كانت تعقل الإشارة» وقال في «القديم»: لا يجوز الأخرس في الكفارة وبه قال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله؛ لأنه ينقص قيمتها به كالعمى، فقيل: في المسلمين قولان وهو ضعيف، وقيل: هما على حالين، فإن كانت أصم لا يجوز وإن كانت تعقل الإشارة وإن لم يكن مع الخرس صمم يجوز، والدليل علي جوازه أن الخرس نقص لا يضر بالعمل فلا يمنع الأجزاء كالطرش، وبه فارق الأعمى. فإذا تقرر هذا، فإن كانت مسلمة تبعا أجزأت،

---

(١) أخرجه ابن عدي في «**الكامل**» (٢٠١/١).

وإن كانت بالغة مجلوبة أو كانت من أبوين كافرين فأشارت بالإسلام إشارة مفهومة، قال: ها هنا تجزأ. وروى الربيع في كتاب «الأم» إذا أشارت الخرساء بالإسلام وصلت جاز عتقها». فقيل: ذكر الصلاة تأكيداً لا شرطاً ولهذا ترك المزني نقل الصلاة لأنه علم أن الشافعي ذكره احتياطاً لا شرطا. وقال بعض أصحابنا: صلاة الأخرس شرط في صحة إسلامه بالإشارة، وحملوا إطلاق المزني [١٤٥/أ] على تفسير الربيع؛ لأن الإشارة استدلال يختص بالأخرس والصلاة فصل يشترط فيه الناطق والأخرس فإذا أمكن اختيار إسلامه بما يشتركان فيه لم يجز الاقتصار على ما يختص به ولأن الإشارة لا تصرح وهي ضعيفة، فأكدت بفصل الصلاة. فإن قيل: ما فائدة قوله: «جليبة» ولا فرق بين المجلوبة والولد في بلاد الإسلام؟ قلنا: الجواب عنه ما مضى في تقييده بالأعجمية، فإن المجلوبة تكون هي الأعجمية. واعلم أن المستحب أن تكون ناطقة بكلمة الإيمان فلذلك أنفي للريبة وأبعد من الاختلاف.

مسألة: قال: «ولو سُبيتْ صبيةٌ معَ أبويهَا كافرين فعَقَلَتْ ووصَفَتْ الإسلامَ وصلَّتْ إلا أنها لمْ تبلغَ لمْ تجزئْهُ».

الفصل

إذا سبي الصغير مع أبويه أو أحدهما لم يصر مسلماً بإسلام السابي، وإنما يصير مسلماً بإسلامه إذا لم يكن معه أحد أبويه. وفيه وجه لا يصير تبعاً للسابي أصلاً في الإسلام لعدم البعضية، وهو خلاف مفهوم كلام الشافعي ها هنا، فإن أسلم هذا الصغير بنفسه فقد ذكرنا فيما تقدم أنه لا يجوز إسلامه على ظاهر المذهب، وفيه وجهان آخران؛ أحدهما يجوز إسلامه دون ردته، وهو اختيار الاصطخري. والثاني: يراعى على ما يكون منه حال بلوغه، فإذا قلنا: لا يصح إسلامه لا يجوز إعتاقه عن الكفارة.

وإذا قلنا: يجوز إسلامه يجوز إعتاقه عن الكفارة. وإذا قلنا: يراعى فأعتقه عن الكفارة ثم بلغ، فإن وصف الكفر لم يجز، وإن وصف الإسلام هل يجوز؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز لأنه محكوم بإسلامه، وهو اختيار القفال. والثاني: لا يجوز؛لأنه ناقص الدين بدليل أنه يقر على الكفر ولم يحكم بإسلامه حال إعتاقه. وقال في «الحاوي»: قال الداركي وجماعة من أصحابنا: يحكم بإسلامه ظاهراً، وفي الباطن موقوف على بلوغه، فإن أقام عليه ثبت في الباطن أيضاً، وإن أظهر الكفر لم يقبل منه [١٤٥/ب] في الظاهر وكان مقبولاً في الباطن، فعلى هذا لو أعتقه عن الكفارة ومات قبل أن يصف الكفر أو الإسلام أجزأه في الظاهر دون الباطن، وإن أظهر الإسلام أجزأه في الظاهر والباطن وجهاً واحداً.

مسألة: قال: «ووصفها بالإسلامِ أن تشهَد أنْ لَا إلهَ إلَّا اللَّهُ وأَنْ محمدٌ رسولُ اللَّهِ وتبرأَ مِنْ كلِّ دينٍ خالفَ الإسلامَ».

هذا الذي ذكره الشافعي - رحمه الله - في «الجديد» أكمل ما يكون في وصف الإيمان. وقال في «القديم»: إذا أتى بكلمة الشهادتين كان مسلماً ولم يعتبر البراءة من كل دين خالف الإسلام. قال أصحابنا: إنما اعتبر الشافعي البراءة من كل دين خالف الإسلام؛ لأن اليهود ومن يعتقد أن محمداً ﷺ مبعوث إلى العرب الأدميين دون أهل الكتاب وهذا قول الجبرية من اليهود. فأما من لا يعتقد نبوته أصلاً أو كان من عبدة الأوثان يكفي أن يقول: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وإن لم يتعرض للبراءة يجوز. وهو اختيار أبي إسحاق، وهو المذهب، وليست المسألة على قولين. وأما الإقرار بالبعث بعد الموت والجنة والنار لا يعتبر ولكنه يستحب امتحانها بذلك وبسائر شرائط الاعتقاد، فإن أعتقه عن الكفارة ثم رأيناه ينكر البعث جعلناه مرتداً من الآن والعتق مجزىء.

فرع

الكافر الذي يقول مع الله إلهاً آخر من عبدة الأصنام والوثنية والنصارى الذين يقولون ثالث ثلاثة إذا قال: لا إله إلا الله اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: يحكم بإسلامه ويجز على أن يقول محمد رسول الله، فإن لم يقل ذلك فهو مرتد. وأما من يقول في دينه: لا إله إلا الله كاليهودي والنصراني لا بد له أن يقول: محمد رسول الله ويصير مسلماً بهذا القدر وحده، والذي يقول: [١٤٦/أ] محمد رسول الله إلى بعض الناس دون بعض يحتاج أن يقول محمد رسول الله بعث إلى الناس كافة، ففي الجملة يجب أن يقر بشيء مما يخالف أصل دينه من أصول دين الإسلام، أو يقول: تبرأت من كل دين خالف الإسلام حتى يصير به مؤمناً، وهذا اختيار القفال. ومنهم من قال: لا يحكم بإسلامه حتى يأتي بالشهادتين، وهو ظاهر كلام الشافعي هاهنا، وهو المذهب، وقال في «الحاوي»: إذا أتى بالشهادتين والبراءة من كل دين خالف الإسلام، هل هو شرط في صحة الإسلام؟ ثلاثة أوجه؛ أحدها ما ذكرناه. والثاني: أنه شرط ليزول الاحتمال عن شهادته لما روي أن رجلاً من اليهود أتى في جماعة من أصحابه إلى رسول الله ﷺ فسأله عن معالم الدين، فأخبره بها فقال: أشهد أنك نبي حق. فقال له ولمن معه: «ما منعكم أن تتبعوني؟» فقالوا: نخاف أن تقتلنا اليهود[1]؛ لأن داوود ﷺ دعا أن يجعل الله النبوة في ولده، فلم يجر عليه حكم الإسلام مع

---

(١) أخرجه الترمذي في الاستئذان والآداب عن رسول الله، باب ما جاء في قبلة اليد والرجل (٢٧٣٣) والنسائي في تحريم الدم، باب السحر (٤٠٧٨).

الاعتراف بنبوته؛ لأنه لم يتبرأ من دينه. والثالث: أنه شرط في الإسلام من زعم أن محمداً ﷺ نبي مبعوث إلى ولد إسماعيل دون إسحاق، أو هو مبعوث في آخر الزمان، وهو قول بعض النصارى، ولا يشترط في غيرهم، وهذا اختيار القاضي أبي حامد وجماعة، وهذه الطريقة غريبة.

باب ما يجزىء من الرقاب وما لا يجزىء[1]

مسألة: قال: «ولا يجزىءُ في رقبةٍ واجبةٍ بشرطِ أَنْ تعتقَ».

ظاهر المذهب أنه يصح الشراء بشرط العتاق كما نص هاهنا، والقياس أن البيع باطل؛ لأنه شرط ما يضاد موضوع العقد، ثم إذا صححنا [١٤٦/ب] البيع يجب إعتاقه، وهل يجبر المشتري على العتق أو لا يجبر، ويكون للبائع الخيار؟ وجهان: فإن قلنا: يجبر حقاً لله تعالى لا بد من الإعتاق، ثم لا يجزىء عن الكفارة؛ لأنه مستحق بسبب آخر، وعلل الشافعي هاهنا فقال: « لأنه بضع من ثمنها»، ومعناه أنه إذا اشترى بهذا الشرط فقد حوبي في ثمنه، وإنما حوبي على أن يكون للذي حابى فيه نصيب فلا يجزيه ذلك؛ لأنه يعتق رقبة كاملة. وإن قلنا: إنه لا يجبر ويكون للبائع الخيار فما دام يطالب الإعتاق فأعتقه عن الكفارة لا يجوز؛ لأنه يسقط به حقاً وهو خيار البائع ثم أعتق المشتري بعد ذلك عن الكفارة فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز لأنه لم يجب عتقه بسبب آخر وأعتقه مختاراً. والثاني: لا يجوز لما ذكر الشافعي من العلة؛ لأن ذلك يضع من ثمنها ولم يفصل، ذكره القفال واختار أبو حامد هذا الوجه الثاني، وعلل بأنه لم يقع العتق خالصاً عن الكفارة، بل وقع مشتركاً بينها وبين المعتق بالشرط، ولا فرق فيما ذكرنا بين كفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة اليمين والرقبة التي وجب إعتاقها بالنذر.

مسألة: قال: «ولا يجزىءُ فيهَا مكاتبٌ أدىٰ مِنْ نجومهِ شيئاً أو لَمْ يؤدهِ».

لا يجوز عتق المكاتب عن الكفارة بحالٍ، وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو عبيد، وزفر، وأحمد في رواية. وقال أبو حنيفة: «إن لم يؤد شيئاً من نجومه يجوز إعتاقه عن الكفارة، وإن أدى شيئاً من نجومه لا يجوز في أظهر الروايتين»، وبه قال الليث، وأحمد في الرواية الثانية. وقال أبو ثور: يجوز إعتاقه عن الكفارة سواء أدى بعض النجوم أو لا، واحتجوا بأنها رقبة تامة الرق سليمة الخلق لم يؤخذ عن شيء منها عرضاً فجاز إعتاقها كالقن، وهذا غلط [١٤٧/أ] لأن عتقه مستحب سابق فلا يجوز صرفه إلى الكفارة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٧٠).

كعتق أم الولد، وبهذا فارق القن. واحتج الشافعي هاهنا بأن قال: «إنه ممنوع من بيعه»، وهذه العلة لا تستغني من الاحتراز؛ لأن الراهن ممنوع من بيع المرهون، ولو أعتقه عن الكفارة أجزأه على القول الذي يقول بنفوذ عتقه، غير أن الشافعي أراد لأنه ممنوع من بيعه بسعيه الحرية وهي الكتابة فنزلت منزلة أم الولد.

مسألة: قال: «ولا تجزئُ أمَّ الولدِ منْ قولِ منْ لا يبيعهَا».

لا يجوز إعتاق أم الولد عن الكفارة بحال؛ لأن فيها شعبة الحرية بالاستيلاد، وقوله: «في قول من لا يبيعها» ليس بتعليق القول في جواز بيع أم الولد؛ لأن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ اختلفوا في بيعها في العصر الأول ثم العصر الثاني والثالث أجمعوا على أنه لا يجوز بيعها، واختلف أصحابنا في إجماع العصر الثاني، هل يرفع خلاف أهل العصر الأول على وجهين. وفي هذا إشارة إلى أنه لا يرفع خلافهم، والمزني أوهم أن الشافعي علق القول في جواز بيعها ثم اختار أنها لا تباع. قال: وقد قطع بهذا الجواب في خمسة عشر كتاباً، والحق ما اختاره، والمسألة على قول واحد. وقيل: قوله: «في قول من لا يبعها» تنبيه على الخلاف؛ لأن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ اختلف رأيه واجتهاده في بيعها[1]، فكأنه قال: من جوز بيعها أجزأت عنده الكفارة، وهو قول جميع الفقهاء اليوم، ولم يقصد تعليق القول. وقال القفال: في بيعها قولان: وفي عتقها عن الكفارة قولان أيضاً، وفي المكاتب قول بعيد أنه يجوز بيعه ولكن لا يجوز عتقه عن الكفارة بكل حالٍ، والفرق أن أمية الولد تزول بالبيع حتى لا تعتق بموت المشتري، والكتابة لا تزول بالبيع، فإنه لو أدى النجوم عتق، وهذا غريب. وقال طاووس، [١٤٧/ب] وعثمان البتي، وداوود: يجوز عتقها عن الكفارة، وجوز داوود بيعها وأبطل عثمان البتي بيعها، ولا نص عن طاووس في البيع، وهذا غلط لما ذكرناه.

فرع

قال في «الأم»: ويجوز عتق المدبر والمدبرة عن الكفارة سواء قلنا إنه يمكن الرجوع عن التدبير قولاً أو لا يمكن إلا بالإخراج من ملكه، سواء قلنا التدبير وصية، أو قلنا إنه عتق بصفةٍ؛ لأن إعتاق المعلق عتقه بصفةٍ. وقال مالك وأبو حنيفة، والأوزاعي: لا يجوز عتق المدبر عن الكفارة؛ لأنه لا يباع عنده، وهذا غلط؛ لأنه يعتبر عتقه من الثلث فأشبه الموصى بعتقه.

---

(١) ذكره ابن حزم في «المحلى» (٩/٢٧٤).

مسألة: قال: «ولو أعتقَ مرهوناً أو جانياً جناية فأدىٰ الرهنَ والجنايةَ أجزأهُ»[١].

قد ذكرنا في عتق الراهن المرهون ثلاثة أقوال، والأظهر أنه إن كان موسراً نفذ عتقه وتوضع قيمته رهناً مكانه، وإن كان معسراً لا ينفذ، فإذا قلنا: ينفذ يجوز عتقه عن الكفارة، وقول الشافعي هاهنا: «فأدى الرهن أو الجناية أجزأه». اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق يكون العتق موقوفاً على أداء الدين أو وضع قيمته رهناً مكانه، ولا يحكم بجواز عتقه في الحال لظاهر هذا اللفظ، وقد ذكرنا في كتاب الرهن أنَّا إذا لم نجوز عتق الراهن فأخرجه من الرهن هل ينفذ ذلك العتق؟ وجهان أو قولان، وهذا جواب على أحد القولين، وهو اختيار جماعة مشايخ خراسان والقاضي الطبري.

قال القاضي: هذا نص الشافعي وأجراه مجرى الشريكين إذا أعتق نصيبه، فإن شراية العتق تكون موقوفة على الأداء في أصح الأقوال، فإذا أدى المال تبينا أنه شراء. وقال أبو حامد: هذه من زلات أبي إسحاق؛ لأن الناجز لا يتوقف، بل نقول: ينفذ ويطالب بقضاء الدين أو دفع قيمته رهناً إن لم يكن جل الدين، [١٤٨/أ] أو نقول: لا ينفذ. وتأويل كلام الشافعي أجزأه الأداء عن حق الرهن دون العتق وهذا بعيد؛ لأن الشافعي يتكلم في حكم الكفارة دون حكم الرهن، والأولى أن نقول: ينفذ ويجوز عن الكفارة. وقوله: «فأدى الرهن» لم يذكر على وجه الشرط. وأما العبد الجاني فهل يجوز عتقه؟ قد ذكرنا أنه كالمرهون، وحكم الجواز عن الكفارة وحكم أداء حق الجناية على ما ذكرنا في الرهن، ثم يلزمه أن يفديه. قال أبو إسحاق فيه قولان؛ أحدهما: يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ. والثاني: يفديه بأقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجناية. وقال أبو حامد: هذا خطأ، ويجب أن يفديه بأقل الأمرين قولاً واحداً؛ لأن بيعه تعذر بإعتاقه كما قلنا في أم الولد. وذكره أبو إسحاق يصح؛ لأن حال الجناية كان يمكنه تسليمه للبيع ولكنه منعه بإعتاقه بخلاف أم الولد، ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه يراعي وقت المطالبة، فيقال: إما أن تفديه بأرش الجناية، أو تسلمه للبيع، فإذا تعذر تسليمه لا معنى لإيجاب أكثر من القيمة؛ لأنها هي الثمن في العادة.

فرع

إذا أعتق عبداً مغصوباً عن كفارته نفذ عتقه. وقال أبو حامد وجماعة: لا يجوز عن كفارته؛ لأنه مسلوب المنفعة فصار بمنزلة الزمن. وقال القفال: يجوز لأنه يملك ملكاً تاماً والغصب يعرض الزوال كالصغر، وهذا قريب من المذهب. وقال صاحب «الحاوي»: عندي

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٧٣).

أنه ينظر في حال العبد، فإن قدر على الخلاص من غاصبه الهرب منه، وإن لم يقدر على العود إلى سيده أجزأه عن كفارته؛ لأنه قادر عن منافع نفسه، وإن لم يقدر على الخلاص والهرب فالإجزاء موقوف، فإن قدر بعد ذلك على الخلاص بموت الغاصب أو عجزه أجزه عن الكفارة حينئذٍ، وإن لم يقدر لا يجوز ولا يمنع أن يكون إجزاؤه [١٤٨/ب] موقوفاً، وإن لم يكن عتقه موقوفاً كالغائب إذا علم بحياته بعد عتقه.

فرع آخر

لو أعتق الحمل عن الكفارة لم يجز، وإن ولدته بعد العتق حياً؛ لأنه حين أعتق لم يكن له أحكام الدنيا، نص عليه. ولو أعتق الأم وهي حبلى عن كفارته أجزأه، ويعتق الولد تبعاً ولا يكون عن الكفارة. قال الشافعي: «فإن استثنى حملها من العتق لم يصح وتبعها، ولا يصير العتق عن الكفارة.

فرع آخر

إذا تزوج بأمة ثم اشتراها وأعتقها عن كفارته نظر، فإن لم تأت بولد منه فقد صح إعتاقها وقد انفسخ نكاحها بملكه إياها. وإن أتت بولد نظر، فإن لم يكن وطئها بعد الشراء وأتت به لدون أربع سنين من حيث الشراء فالولد يلحق به لأنها كانت فراشاً له بعقد النكاح ولم تصر أم ولد له؛ لأنها حملت منه من غير ملكه وعتقها مجزىء عن الكفارة، وقد عتق عليه الولد بالملك. وإن أتت به لأربع سنين، فما زاد من حين الشراء لا يلحق به الولد، ويجزيه عتقها عن الكفارة. وإن كان وطئها بعد الشراء. فإن أتت به لدون ستة أشهر من حين الوطىء، فالحكم فيه كما لو لم يطأها. وإن أتت به لستة أشهر من حين الوطىء يلحق به، ولم يمسسه رق، والأمة أم ولده، ولا يجزيه عن الكفارة؛ لأن الظاهر أن الحمل من هذا الوطىء الموجود في الملك، وهي صارت أم ولد له به.

مسألة: قال: «وإنْ أعتقَ عبداً له غائباً فهوْ علىٰ يقينِ أنهُ أعتقَ».

في بعض النسخ: فهو على غير يقين أنه أعتق. وجملته أنه إذا أعتق عبداً غائباً يعرف مكانه ويسمع بخبره جاز عن كفارته؛ لأنه محكوم بملكه ملكاً تاماً، وهو المراد به على القراءة الأولى، وإن أعتق عبداً غائباً مفقوداً لا يعرف خبره لا يجوز عن الكفارة [١٤٩/أ] وهو المراد به في القراءة الثانية. وقال في «زكاة الفطر»: يلزمه أن يذكر عنه زكاة الفطر وقد ذكرنا في كتاب الزكاة أن من أصحابنا من قال فيهما قولان على سبيل النقل والتخريج، ومن أصحابنا من حملهما على الظاهر، والمعنى مراعاة الاحتياط فيهما وهو اختيار القفال، فإن

قيل: إذا شك في الحديث وجب أن يأمروه بالوضوء احتياطاً للصلاة. قيل: الغيبة ليس لها ظاهر ينبني عليه الحكم، وشكه في حدث نفسه له ظاهر، وهو أن كل أحد يعلم فعل نفسه، فإذا لم يعلم كان الظاهر بقاء أصله.

مسألة: قال: «ولو اشترىٰ مَنْ يعتقُ عليهِ لمْ يجزهُ».

الفصل

إذا اشترى من يعتق عليه أو اتهب ونوى أن يكون عتقه عن كفارته لم يجز عن كفارته، وبه قال مالك، وأحمد، وقال أبو حنيفة: يجزئه، وهذا غلط؛ لأن عتقه مستحق بسبب سابق فلا يجوز صرفه إلى الكفارة كأم الولد.

فرع

لو اشترى من يعتق عليه بشرط الخيار، ثم أعتقه في مدة الخيار عن كفارته. قال أبو بكر الأودي من أصحابنا: إنه يجوز؛ لأنه باشر إعتاقه، والمذهب أنه لا يجوز، وذلك الوجه لم يقله غيره.

مسألة: قال: « ولو أعتقَ عبداً بينهُ وبينَ آخرِ عَنْ ظهارهِ وهو موسرٌ أجزأهُ»[(١)].

إذا كان بينه وبين آخر عبد مشترك فأعتق نصيبه، فإن كان موسراً عتق نصيبه وقوم عليه نصيب شريكه ومتى يسري العتق إلى نصييب شريكه فيه أقوال أحدها: عند اللفظ، والثاني: عند أداء القيمة، والثالث: مراعى. فإن أدى القيمة تبينا أنه عتق عند اللفظ، وإذا قلنا: يعتق عند اللفظ فهل يقع العتق في جميعه بنفس اللفظ، أو في نصيبه باللفظ ومن [١٤٩/ب] نصيب شريكه؛ بالشراية؟ وجهان: فإذا ثبت هذا فإن كان موسراً فأعتق كله عن كفارته جاز بلا إشكال؛ لأن عتقه نافذ في جميعه كما ينفذ من مملوكه الخالص. وأما وقت النية: فإن قلنا: يعتق جميعه بنفس اللفظ، أو قلنا: يراعى فيحتاج أن ينوي عتق نصيبه ونصيب شريكه عن الكفارة حال تلفظه؛ أو قلنا يراعي فيحتاج أن ينوي عتق نصيبه ونصيب شريكه عن الكفارة حال تلفظه؛ لأنه وقت عتقه. فإن نوى عتق النصف عند العتق والنصف عند أداء القيمة لم يجز؛ لأنه أخر فيه الكفارة عن وقت العتق. قال القفال: ولا فرق بين أن يقول: أعتقتك أو يقول: أعتقت نصيبي، كما لو كان الكل له وقال: أعتقت نصفك عن ظهاري جاز؛ لأنه عبارة عن عتق الكل.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٤٧٨).

قال: وفيه وجه آخر أنه إذا قال: أعتقت نصيبي منك لا يجوز عن الكفارة؛ لأنه ما نوى في النصف الثاني والشرع أعتق ذلك عليه. وقال بعض أصحابنا: إن قال: أعتقت ونوى عتق الكل عن كفارته جاز، وإن نوى عتق حصته عن كفارته ولم ينو أصلاً في حصة شريكه أجزأه عتق نصيبه عن كفارته، وهل ما عتق عليه من حصة شريكه عن كفارته؟ وجهان بناء على الوجهين أنه هل يعتق الباقي بالمباشرة أو بالشراية؟ فإن قلنا بالمباشرة أجزأته نيته في حصته عن النية في حصة شريكه. وإن قلنا: يعتق بالشراية لم يجزه. وهكذا لو كان مالكاً لجميع العبد فأعتق نصفه ينوي بنصفه عن كفارته عتق عليه جميعه وأجزأه منه النصف الذي نواه، وفي أجزاء نصفه الثاني وجهان؛ أحدهما: يجوز ويكون عتق مباشرة. والثاني: لا يجوز ويكون عتق شراية. وإن قلنا يعتق نصيب شريكه باللفظ وأداء القيمة، فإن نوى في الحال عتق النصف عن كفارته ونوى عتق النصف الآخر عند أداء القيمة أجزأه؛ لأنه إذا نوى عند أداء القيمة فقد نوى عند وقوع العتق. [١٥٠/أ] وإن نوى عتق الجميع عن الكفارة في حال العتق ولم ينو عند الأداء أجزأه أيضاً؛ لأنه وقت وجوب عتق نصيب الشريك.

قال أبو حامد: وعندي أنه يلزمه فيه عتق الكل حال العتق؛ لأن تلك الحالة سبب العتق، وهو اختيار القاضي الطبري. وقال في «الحاوي»: فيه أربعة أوجه: أحدها: تلزمه النية مع دفع القيمة. والثاني: تلزمه وقت اللفظ. والثالث: يتخير بين أن ينوي مع اللفظ؛ لأنه سبب العتق وبين أن ينوي مع دفع القيمة؛ لأنه وقت نفوذ العتق. والرابع: وهو الأصح عندي، أن يجمع بين النية مع لفظ العتق والنية مع دفع القيمة؛ لأن العتق إذا وقع بأمرين لم يجز أن تختص النية بأحدهما، فإن نوى عند أحدهما لم يجزه». فحصل من هذا أنه إذا نوى في الحال عتق النصف عن كفارته، ونوى عند أداء القيمة عتق النصف الآخر عن كفارته هل يجوز؟ وجهان؛ أحدهما: لا يجوز، وهو اختيار أبي حامد. والثاني: يجوز وهو الأظهر.

وحصل أيضاً أنه لو أعتق جميعه بنية الكفارة ولم ينو عند أداء القيمة أصلاً هل يجوز؟ وجهان؛ أحدهما: يجوز وهو ظاهر المذهب. والثاني: لا يجوز. وأما إذا كان معسراً فنوى عند العتق أن يكون نصيبه عن كفارة ثم وجد مالاً فاشترى النصف الآخر وأعتقه، ونوي أن يكون عن كفارته أجزائه أيضاً. وإن نوى الجميع عند العتق لم يجز؛ لأنه قدم نية الكفارة على عتق النصف. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا أعتق الباقي مطلقاً ولم ينوِ عن كفارته هل يجوز عن كفارته؟ وجهان بناء على تفريق الوضوء إذا جوزناه هل يلزمه تجديد النية؟ وجهان. قال القفال: والأصح أنه لا يجزئه. والفرق أن في الطهارة نيته الأولى مشتملة علي جميع أفعالها، وها هنا نيته الأولى مشتملة على نصيبه فقط فافترقا.

ولو أعتق هذا المعسر [١٥٠/ب] نصيبه عن كفارته وأراد أن يتمم بالتفكير في الحال

لم يجز إلا أن يكمل بصيام شهرين أو بإطعام ستين مسكيناً. ثم قال بعض أصحابنا في نصف العتق الذي قدمه وجهان؛ أحدهما: أنه عتق نافذ في التفكير وكمله بصوم شهرين. والثاني: ما تقدم صار طوعاً؛ لأن الصوم كفارة كاملة لا تلزمه الزيادة عليها، ذكره في «الحاوي» ما إذا أيسر قبل أن يصوم هل يلزمه أن يكفر بالعتق؟ قولان؛ أحدهما: لا يلزمه إذا قلنا: المراعى في الكفارة حال الوجوب. والثاني: يلزمه إذا قلنا المراعى فيه حال الأداء، فإن اشترى الباقي وأعتقه عن كفارته أجزأه ولا يضر التفريق؛ لأن المقصود تكميل العتق في الرقبة وقد تكامل وإن كان في زمانين. وقال أبو حنيفة: لا يجوز عتق المشترك عن كفارته موسراً كان أم معسراً؛ لأنه إذا أعتق نصبه صار عتق الباقي مستحقا على مالكه فلا يجزئ عن الكفارة كأم الولد، وهذا غلط؛ لأنه معتق لجميعه لأنه يسري إلى الباقي وقد صادف رقاً تماماً فجاز بلا خلاف أم الولد. فإن قيل: عندكم إذا استحق العتق عن جهة لا يجوز عن الكفارة، فكيف جوز تم ها هنا؟ قلنا: إنما لا تجوز إذا لم تقارن النية سبب الاستحقاق وها هنا قارنته فجاز، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر عن كفارتي جاز. فإن قيل: فيجب إذا نوى المعتق عن الكفارة عند عتق الكتابة عليه يجوز. قلنا: المانع ها هنا عن الجواز كون المعتق واقعاً بعوض ولا يجوز ذلك بالإجماع.

مسألة: قال: «ولو أعتقهُ علىٰ أَنْ جعلَ لهُ رجلٌ عشرةَ دنانيرِ لمْ يجزئهُ»[1].

إذا قال رجل: اعتق عبدك عن ظهارك ولك عليّ عشرة دنانير فأعتقه على عشرة دنانير لم يجزه عن ظهاره؛ لأنه أعتقه على جعل، ويقع العتق [١٥١/أ] عن الباذل للعشرة وللمعتق العشرة والولاء للباذل، ولا فرق بين أن يقدم ذكر العشرة على الظهار أو يقدم ذكر الظهار على العشرة، مثل أن يقول: أعتقت عبدي عن ظهاري على أن يكون عليك عشرة، أو يقول: أعتقت عبدي على أن عليك عشرة عن ظهاري. ومن أصحابنا من فرق بينهما فقال: إذا قدم ذكر الظهار أجزأه عنه ولم يستحق العشرة، وإن قدم ذكر العشرة استحقها ولم يجزءه عن الظهار، وهذا ضعيف؛ لأن الشرط في الإيجاب لا يثبت ما لم يتم الكلام ويقطع عليه وأتم الكلام ها هنا على العشرة.

وقال القفال: هل يستحق عليه العشرة؟ وجهان؛ أحدهما: يستحق كما في الطلاق إذا قال: طلق امرأتك على عشرة. والثاني: لا يستحق كما لو قال: بعه من فلان ولك عليّ عشرة. ومن قال بالأول فرق بأن له غرضاً في عتق العبد ولا غرض له في بيع ذلك من

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٨٠).

فلان، فصاركما لو قال: ألق متاعك في البحر على أني ضامن صح إذا كان خوف غرق؛ لأن له فيه غرضاً، ولا يصح ذلك إذا لم يكن ذلك الخوف ولا سبب صحيح، وعلى كلا الوجهين لا يجوز عن الكفارة؛ لأنه لم تتمحض بنية عن الكفارة، فعلى أحد الوجهين استحقاق المحض يمنع الأجزاء، وعلى الوجه الثاني فساد النية. يمنع الأجزاء وهذا حسن، ولكن المشهور ما تقدم وقال بعض أصحابنا بالعراق: كيف تلزمه العشرة وهو لم يرض بإعتاقه عنه، وينبغي أن تكون القسيمة فاسدة لبطلان الشرط الذي شرطه؟ ذكره صاحب «الشامل».

مسألة: لو قالَ المعتقُ فِي هذهِ المسألةَ: لا أريدُ العوضَ أعتقتهُ عنْ ظهاريْ جازَ بلا إشكالٍ؛ لأنه تمحضَ العتقُ عنَ الكفارةُ.

ولو قال في جوابه: أعتقته عن كفارتك فالحكم على ما ذكرنا؛ لأن الإيجاب مبني [١٥١/ب] على الاستدعاء، فكأنه قال: أعتقته على عشرة، هذا ذكره عامة أصحابنا. وقال في «الحاوي»: فيه وجهان؛ أحدهما هذا. والثاني: يجزئه عن ظهاره لإمساكه عن ذكر العوض ولا شيء على الباذل، ولو أعتقه بعد تطاول الزمان وأمسك عن ذكر الغوض ولم يذكره بنفي ولا إثبات جاز عتقه عن ظهاره.

مسألة: قال: «ولو أعتقَ عنهُ رجلٌ عبداً بغيرِ أمرِ لمْ يجزئُه».

الفصل

إذا كان لرجل عبد فأعتقه عن غيره بغير أمره وهو حي وقع عن المعتق، وكان الولاء له دون المعتق عنه، ولا فرق بين أن يكون أعتقه عن واجب عليه أو غير واجب. وقال مالك: إن أعتقه عنه عن واجب عتق عنه وإلا فلا، وهذا غلط؛ لأنه لو أوقع العتق عن نفسه ولم ينوه لم يجزه وقد باشر العتق، فإذا أعتق عنه غيره أولى أن لا يجوز؛ لأنه فقد النية والمباشرة جميعاً. فإن قيل: أليس لو قضى عنه الدين بغير أمره يجوز؟ قلنا: الفرق أنه لا يحتاج إلى النية بخلاف هذا، وإن كان المعتق عنه ميتاً نُظر، فإن أعتقه عنه تطوعاً ولم يكن أمر به الميت كان العتق عن المعتق ولم يجز عن الميت سواء كان وارثاً أو أو أجنبياً؛ لأن في العتق إلحاق الولاية وهو بمنزلة النسب فلا يلحق به بغير أمره، ويخالف هذا إذا تصدق عن الميت بصدقة فتجزئه ويلحقه ثوابها؛ لأنه ليس من الصدقة ما ذكرناه من المعني، وإذا كان ذلك بأمر الميت ووصيته أجزأه، وإن كان العتق واجباً عليه لا يخلوا إما أن يكون مرتباً، أو غير مرتب، فإن كان مرتباً وكان قد خلف مالاً فالعتق واجب من رأس المال، وإن لم يكن خلف مالاً لا يجب العتق عنه، فإن تبرع به الولي فأعتق عنه أجزأه، وكذلك إن

خلف مالاً وهو أعتقه عنه من مال نفسه جاز؛ لأن نيته تقوم مقام نيته، [١٥٢/أ] وللوارث أن يقضي دينه من حيث شاء ويمسك التركة، وإن كان العتق غير مرتب مثل كفارة اليمين، وإن لم يكن أوصي العتق عنه فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز وهو الأصح؛ لأنه وإن كان مخيراً فيه فإن كل نوع يتعين عن الواجب بالفصل. والثاني: لا يجوز؛ لأنه غير متعين عليه فيصير في معنى التطوع، وإن كان قد أوصى العتق عنه في هذه الكفارة جاز بلا إشكال.

مسألة: قال: «ولو أعتقَ منه بجعلٍ أو غيرِهِ جازَ والولاءُ لهُ».

إذا كانت عليه كفارة فقال لآخر له عبد: أعتق عبدك عن كفارتي، فأعتقه عنه أجزأه سواء كان بعوض أو بغير عوض. وقال أبو حنيفة: يجوز إن كان بعوض؛ لأنه يكون عتق المشتري قبل القبض، ولا يجوز من غير عوض ويقع العتق عن المعتق لا عن السائل؛ لأنه موهوب فلا يمسك قبل القبض، وهو اختيار المزني غير أنه عبر عن اختياره بأن قال: معناه عندي أن يعتقه عنه بجعل، أي قياس مذهبه يوجب عندي أنه إنما يجوز بعوض؛ لأن مذهبه أن الهبة لا تملك قبل القبض، خلاف قول مالك أنها تملك بالعقد، وهذا غلط؛ لأنها رقبة تجزئ عن كفارة المعتق عنه، فإذا أعتقها غيره عنه بأمره أجزأه عنه كما لو شرط العوض. وأما ما ذكره لا يصح؛ لأن العتق بعوض جعل بمنزلة البيع المقبوض، ولهذا يستقر عوضه، فينبغي مع عدم العوض أن يجعل بمنزلة الهبة المقبوضة.

فإذا تقرر هذا نقول: إذا أعتقه عنه يكون استدعاؤه إذا انضم إليه الإعتاق بمنزلة التمليك والقبول فيعتق من ملك الأمر. فإن قيل: متى يملك المعتق عنه، ومتى يزول ملك صاحبه؟ قلنا: فيه أربعة أوجه؛ أحدها: قاله أبو إسحاق: يقع الملك و العتق في حالة واحدة [١٥٢/ب] عقيب الإيجاب بالإعتاق ولا يمتنع ذلك، وإن كانا ضدين تمانع الضدين مما طريقة بالمشاهدة دون الحكم، وها هنا طريقة الحكم. وعلى هذا قال: إذا اشترى أباه يعتقه ويملك عليه بالشراء وهذا ضعيف؛ لأن ما يمتنع في العقل من اجتماع الضدين لا يجوز إثباته في الأحكام؛ لأنه يكون حكماً بالمحال. والثاني: يتبين بالعتق أنه كان مالكاً له باستدعاء العتق ثم عتق عليه بعد الملك بلفظ العتق، وهذا أيضاً ضعيف؛ لأن الإيجاب شرط فيه فلا يتقدم الملك على شرطه. والثالث: يقع الملك والعتق معاً في حالة واحدة، وهذا أيضاً ضعيف لما ذكرنا. والرابع: يملكه بلفظ العتق ويعتق بعد استقرار الملك، وهذا هو الصحيح، واختاره أبو حامد والقاضي والطبري. وعلى هذا إذا اشترى أباه يملكه بالشراء ويعتق عليه بعد استقرار الملك، وهذا لأن وقوع عتقه عنه يقتضي إثبات ولاية له، وذلك لا يكون إلا بتقدم الملك، ثم يقع العتق بحكم اللفظ واقع. . . . اللفظ، ولا يمتنع أن يوجد لفظ العتق ولا يتعقبه العتق لعدم شرطه. ألا ترى أنه لو قال: أعتقه عنك بألف فقال:

قبلت، وقع العتق عقيب القبول متأخراً عن لفظه. وفيه وجه خامس: يملكه بأول لفظ العتق ويعتق بآخر لفظ العتق، وهذا قريب من الوجه الثالث. وهناك ما ذكرنا ما قال أصحابنا فيمن دعي إلى طعام فتناوله متى يملك الطعام؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يملكه بالتناول كالموهوب، فعلى هذا إذا تناوله لم يكن لصاحبه الرجوع فيه. والثاني: يملكه إذا وضعه في فيه؛ لأنه يختلط بريقه وهو سبب تعرضه لتلفه فتعلق به الملك. والثالث: يملكه بالابتلاع والإزدراد. فإذا قلنا: يملكه بالتناول هل يجوز أن يطعمها غيره؟ فيه وجهان؛ [١٥٣/أ] أحدهما: له ذلك؛ لأنه ملكه. والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه مأذون في تملكها علي وجه مخصوص كالعارية لا يعيرها. والأول اختيار أبي حامد والقاضي الطبري.

وقال في «الشامل»: الأشبه أنه يقال: هذا إذن بالإتلاف لا تملك فيه، لأن من شرط الهبة لفظها، والأذن في القبض إلا أن يتضمنها العتق خاصة لقوة العتق ولم يوجد هاهنا، ولأن الإذن بالتناول يتضمن إباحة الأكل فلا يجوز أن يحصل به الملك وليس بتمليكه بمطلق، ولو كان ذلك صحيحاً لجاز أن يتناول جميع الذي قدمه إليك ويرده إلى بيته ولا يصح أن يقال: يملك بالوضع في فيه؛ لأنه لم يحصل الأكل المأذون فيه، ولا يصح أن يقال يملكه بالابتلاع؛ لأنه يبطل به معنى الملك فيه ويصير كالتالف فكيف يملكه وهذا حسن؟ فإن قيل: ما تقولون إذا وهب لغيره عبداً ثم أذن الواهب للموهوب له بالإعتاق فأعتقه قبل القبض هل يجوز أم لا؟ يجوز ويصير كأنه أعتقه بإذنه بعد قبضه. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز هاهنا؛ لأن البيع باللفظ الصريح يخالف البيع لفظ استدعاء العتق بعوض والإيجاب فكذلك الهبة بلفظها الصريح بخلاف الهبة بلفظ استدعاء العتق والإيجاب.

فرع

لو أعتق عبداً عن عامة المسلمين يعتق عنهم دونهم والولاء له. وحكي عن مالك أنه قال: يعتق عنهم والولاء لهم، وهذا غلط؛ لأن فيه إلحاق الولاء بهم من غير رضاهم.

فرع آخر

إذا قال: أعتق عبدك عني غداً ولك عليَّ ألف فأعتق عنه غداً يعتق عنه. قال القفال: وهل يستحق عليه المسعى أو قيمة العبد؟ وجهان؛ والظاهر أنه يستحق المسمى.

مسألة: قال: «ولو أعتقَ عبدينِ عنْ ظهارينِ أو ظهارٍ وقتلٍ كلُّ واحدٍ منهمَا [١٥٣/ب] عن الكفارتين أجزأه»[١].

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٨٤).

الفصل

إذا كان عليه كفارتان عن ظهار أو جماع في رمضان، أو ظهار وقتل فأعتق عنهما عبدين فيه أربع مسائل؛ أحديها: أن يعتق أحدمما عن كفارة القتل فيجزئه إجماعاً. والثانية: أن يعتق عبداً عن إحدى الكفارتين لا بعينها، وأعتق الآخر عن الكفارة الأخرى لا بعينها، فيجوز أيضاً؛ لأنه قد أتى بنية التكفير، وإنما فقدت منه نية التعيين، ولا اعتبار بنية التعيين في الكفارة عندنا، سواء اتفقت الكفارتان أو اختلفتا. وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يفتقر إلى تعيين النية عند الاتفاق، وتعتبر عند الاختلاف، مثل أن تكون إحديهما عن ظهار والأخرى عن قتل، وهذا غلط؛ لأنها كفارة واجبة فلم يفتقر صحة أدائها إلي تعيين سببها، كما لو كانت عليه كفارة واحدة. والثالثة: أن ينوي عتق كل واحد منهما عن الكفارتين، بأن يقول: أعتقت هذا عن كفارتي، ثم قال: أعتقت هذا الآخر عن كفارتي. نص الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ أنه لا يجوز، ولا يختلف فيه أصحابنا، ولكن اختلفوا في كيفية وقوع العتق عن الكفارتين.

فقال ابن سريج وابن خيران: يعتق كل واحد عن كل واحدة من الكفارتين على التمام؛ لأنه لما أعتق نصفه عن إحدى الكفارتين سرى ذلك إلى الباقي فعتق عنها، وكذلك الآخر، وهذا بيِّن في كلام الشافعي هاهنا؛ لأنه قال: «أجزأه؛ لأنه أعتق عن كل واحدة عبداً نصفاً عن واحدة ونصفاً عن واحدة يكمل فيها العتق» فأخبر أنه كمل فيها العتق، وقوله: «أعتق عن كل واحدة عبداً تاماً عن واحدة ونصفاً عن واحدة» إخبار عن فعل المعتق أنه هكذا فعل، ولكن انقلب ذلك وسرى على ما ذكرنا، وهذا اختيار أبي حامد، وذكر أنه نص عليه في «الأم» هكذا.

ومن أصحابنا [١٥٤/أ] من قال: يعتق كل واحد منهما عن الكفارتين؛ لأنه هكذا نوي، فلا يجوز أن يقلب عما نوى، كما لو وجب عليه كفارتان فأعتق عبداً عن إحديهما لا ينقلب إلى الأخرى، وهذا أظهر من كلام الشافعي هاهنا. وقوله: «فكمل العتق فيهما» أي: كمل من طريق الحكم فجاز، لا أنه كمل من طريق السراية. وفائدة هذا الخلاف لا يتبين في هذه المسألة، وإنما يتبين في مسألة أخرى، وهو إذا كان له نصف عبدين فأعتقهما عن كفارته وهو معسر. فعلى قول ابن سريج لا يجوز بحال؛ لأن الله تعالى أمر بعتق رقبة كاملة وهذا لم يعتق رقبة كاملة، ولأن ما أمر بصرفه إلى شخص واحد في الكفارة لم صرفه إلى اثنين كالمد من الطعام، وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة. وعلى قول القائل الثاني يجوز بكل حال، وبه قال أحمد؛ لأنه ينظم أحد النصفين إلى الاخر فتكون رقبة كاملة، ولأن الأشقاص بمنزلة الأشخاص فيما لا يمتنع منه العيب اليسير كما في الزكاة فإن من ملك

ثمانين شاة مشتركاً كان بمنزلة إن تملك أربعين، ولا يلزم على هذا إذا ضحى بنصف شاتين لا يجوز لأنه يمتنع منها العيب اليسير.

ومن أصحابنا من ذكر وجهاً ثالثاً أنه إن كان باقيهما حراً يجوز، وإن كان رقيقاً لا يجوز؛ لأنه إذا كان الباقي حراً فقد كمل الأحكام فيه ووجد مقصود الحرية، بخلاف ما لو كان الباقي رقيقاً، والأول أظهر؛ لأن تكميل الأحكام لم تحصل بما أعتقه عن الكفارة، وإنما حصل بانضمام عتق النصف الآخر فلا يجوز.

فرع

لو أخرج في الزكاة نصفي شاتين بدل شاة، هل يجوز؟ وجهان؛ أحدهما: لا يجوز، وهو قول عامة أصحابنا. والثاني: يجوز، وهو اختيار الأصطخري [١٥٤/ب] وكان يقول: لا أعلم خلافاً بين أصحابنا في الممتنع إذا ذبح نصفي شاتين يجوز، وأن نصفي رقبتين في وجوب زكاة الفطر بمنزلة رقبة واحدة، وعندي أن في الممتنع إذا ذبح نصفي شاتين يجوز على قياس قول أصحابنا؛ لأنه يمتنع بالعيب اليسير كالأضحية.

مسألة: قال: «ولو كانَ ممَن عليهِ الصومُ فصيامَ شهرينِ متتابعينَ عِنْ أحديهمَا كانَ له أنْ يجعلَه عنْ أيهمَا شاءَ»[١].

الفصل

قد بينا أن الكفارة لا تحتاج إلى نية التعيين، ولكن تحتاج إلى النية. قال الشافعي في «الأم»: ولا تجزئة الكفارة حتى ينوي مع التفكير أو قبله» واختلف أصحابنا في جواز تقديم نية الكفارة عليها الظاهر هذا الكلام، فمنهم من قال: يجوز، ومنهم من قال: لا يجوز إلا مع الفصل كما لا يجوز في الصلاة وهو الأظهر. وأراد الشافعي بما ذكر أنه ينوي قبله واستصحب النية، وهو كا لوجهين في نية الزكاة؛ أحدهما: عند عزلها، والثاني: عند دفعها. ولا إشكال أنه لا تجوز النية قبل أن يتعين له العبد الذي يعتقه والطعام الذي يطعمه، والوجهان بعد تعيين العبد والطعام.

فإذا تقرر هذا لو كان عليه كفارتان فصيام عن إحديهما شهرين متتابعين وهو معسر جاز، وهو بالخيار إن شاء عين الأن عن أحدى الكفارتين ثم يصوم شهرين آخرين عن الكفارة الثانية، وإن شاء تركها كما هي ويصوم شهرين آخرين عن كفارة أخرى لا يعينها،

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٨٦).

فإن عينها عن إحدى الكفارتين ثم أراد أن يصدفها إلى الآخر فليس له ذلك، كما لو أحرم إحراماً موقوفاً له أن يصرفه إلى أي النسكين شاء من الحج والعمرة، فلو صرفه إلى أحدهما ليس له أن يصرفه إلى الآخر بعد ذلك. ولو صام أربعة أشهر عن كفارتين ونوى أن كل يوم عنهما أو يوم عن هذا ويوم عن ذاك، [١٥٥/أ] أو شهر عن هذا وشهر عن ذاك لم يجز؛ لأن التتابع شرط. ولو كان عليه ثلاث كفارات وكان له رقبة فأعتقها عن إحديهما صام عن الآخرى، ثم فرض فأطعم عن الثالثة ونوى بالجميع الكفارة جاز؛ لأنه قد أتى بكل واحد من هذه الأجناس وهو من أهله فجاز، ولو عين الكفارة فأخطأ، مثل أن كانت عليه كفارة القتل لا غير فنوى عن كفارة الظهار لم يجز؛ لأن أصل النية واجب، وإن لم يكن التعين واجباً، فإذا أخطأ في التعين لم يجز، وهذا كما لو أخرج خمسة دراهم زكاة ونوى عن أحد ماليه جاز بعد ما كانت زكاة كل واحد منهما دراهم كما أخرج، ولكن لو عين عن أحدهما ثم بان أنه كان تالفاً لم يجز عن الآخر، وكذا إذا صلى على جنازة فلا حاجة إلى أن يعرف أنه رجل أو امرأة، فلو عين وأخطأ لم يجزه.

فرع

لو قال لعبديه: أحدكما حر عن ظهاري أجزأه وتعين العتق.

فرع آخر

لو قال: إن كان ذا المقبل عبدي سالماً فهو حر عن ظهاري، فكان ظاهر المذهب أنه لا يجزيه، كما لو قال لمكاتبه: إن عجزت فأنت حر عن ظهاري لم يجز.

مسألة: قال: «ولو وجبتَ عليهِ كفارةٌ فشكَ أَنْ يكونَ مِن ظهارٍ أو قتلٍ أو نذرٍ، فأعتقَ رقبةَ عن أيهمَا كانَ أجزأه».

إذا كان عليه كفارة ولم يعلم سببها فأعتق عنها رقبة أجزأه؛ لأن المأخوذ عليه أصل النية وقد وجد، فإن نوى عن الكفارة التي عليه جاز بلا إشكال. وقول الشافعي: «أو نذر» أراد به النذر الذي يجري مجرى اليمين وهو نذر اللجاج، فأما نذر البرر لا يكفي فيه نية التفكير. بل يحتاج إلى أن يأتى فيه إلى نية النذر، ولو أعتق في مسألتنا عبداً ينوي به [١٥٥/ب] العتق مطلقاً لا يجوز، ؛ لأن الظاهر من العتق المطلق، المطلق المتطوع به. وكذلك لو نوي عتقاً واجباً لا يجوز؛ لأن الواجب قد يكون عن كفارة وقد يكون عن غيرها، ولو لم يكن عليه إلا المنذور فأعتق رقبة عن الواجب الذي عليه جاز في ظاهر نص الشافعي.

مسألة: قال: «ولو أعتقهَا لا ينويَ واحدةً منهَا لمْ يجزئْهُ».

قد بينا أن النية شرط في صحة الكفارة، وصفتها أن ينوي عتقها عن الكفارة، فإذا زاد الواجبة كان تأكيدا واعلم أن ها هنا إشكالاً وذلك أنه عطف بهذا على المسألة قبلها؛ وظاهر أن التعين واجب بلا خلاف ما قبلها، وإزالة هذا الإشكال بأن يقال: يحتمل أن يكون مراد الشافعي بقوله: «لا ينوي واحداً منها» راجعاً إلى الصفة، أي لا ينوي الواجب عند العتق؛ لأن كل واحدة منهما واجبة فلا بد من أن ينوي واجباً واحداً من الواجبات التي شك فيه حتى يجزيه، ويحتمل معنى آخر، وهو أن ينوي بالعتق ما يتعين أنه غير واجب عليه، ثم يستبين أن الواجب غيره على ما ذكرنا.

مسألة: قال: «ولو ارتدَ قبلَ أن يكفرَّ فأعتقَ عبداً عَنْ ظهارهِ فإنَ رجعَ أجزأهُ».

إذا وجب عليه عتق رقبة فارتد ثم أعتق، ومن أصحابنا من قال: هذا مبني على تصرفه وملكه وفيهما ثلاثة أقوال: أحدها: تصرفه باطل وملكه زائل. والثاني: تصرفه نافذ وملكه باق. والثالث كلاهما مراعى الوقوف. فإن قلنا: ملكه باق وتصرفه نافذ يجوز أن يعتق عن الظهار من ماله، ولو كفر بالإطعام فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز كالعتق. والثاني: لا يجوز؛ لأنه بدل عن الصيام الذي لا صلح منه، فأجرى على البدل حكم المبدل، هكذا ذكره صاحب «الحاوي» وسائر أصحابنا [١٥٦/أ] لم يفصلوا بين العتق والإطعام بوجه، ولو صام في ردته لا يجوز، والفرق لأن الصوم عبادة بدنية محضة لا منفعة فيه الآدمي بحال، فالكفر يمنع جواز أدائه، وفي هذا نفع للآدمي، والأغلب فيه معنى الغرامة فجاز مع الكفر، ولأن الصوم عمل البدن لا يدخل فيه النيابة، وهذا يجري مجرى النيابة حتى لو أناب فيه كافراً، فجاز إذا كان المؤدي كافراً. فإن قيل: أليست الأعمال بالنيات والكافر ليس من أهل النية في حال كفره وجود نيتة وعدمها بمنزلةٍ والكفارة عبادة تفتقر إلى النية، فكيف صحت من المرتد في حال ارتداده؟ قيل: في الكفر بالمال معنيان؛ أحدهما: التطهير عن الذنب. والثاني: الإرفاق بأهل الحاجة، فلئن لم يحصل بتكفيره في الردة معنى التطهير فقد حصل معنى الإرفاق، ونظيرها الحد يتضمن التنكيل والتطهير ويوجب الحد على الكافر على وجه التنكيل لا على وجه التطهير، ولا نعتبر فيه نية القربة بل يكفر نية الكفارة فقط، كما ينوي في كنايات الطلاق والعتاق، أو نقول: النية تابعة في الكفارة والفعل مقصود إرفاقاً بالغير، فإذا حصل الفعل في حال تعذر النيية سقط الفرض، ولهذا قلنا في الزكاة: إذا امتنع من أدائها فأخذها الإمام من غير نية منهما جاز. وإن قلنا: تصرفه باطل وملكه زائل لا يجوز عتقه عن الكفارة أيضاً. وإن قلنا: تصرفه وملكه موقوفان فعتقه أيضاً موقوف، فإن أسلم تبينا جوازه عن الكفارة، وإن قتل تبينا أنه لا يجوز، ومن أصحابنا من قال: يجوز أن يكفر عن

الظهار من ماله. وإن قلنا ملكه زائل وتصرفه مردود أو مراعى؛ لأنه استحق عليه قبل الردة فهو كالدين والزكاة والقصاص وحد القذف [١٥٦/ب] كما صح أداءه الدين أو القود أو الحد، فكذلك الكفارة.

باب ما يجزئ من العيوب في الرقاب الواجبة(١)

مسألة: قال: «لَمَا لَمْ اعلمْ أحداً ممَن مضىٰ مِنْ أهلِ العلمِ ولا ذكرَ لي عنهُ ولا بقيَ من خالفٍ فِي أَنْ من ذواتِ النقصِ مِنْ الرقابِ مَا لَا يجزىء».

الفصل

قال الشافعي: «لا خلاف بين أهل العلم» وأراد أهل العلم المتقدمين. وقوله: «ولا بقي» أراد ممن بقي أن بعض العيوب يمنع الجواز في الكفارة وبعضها لا يمنع. وحكى عن داوود أنه قال: يجوز مع كل عيب وهو كان بعد الشافعي، واحتج بأن اسم الرقبة يقع عليه وهذا غلط؛ لأن المقصود بالعتق في الكفارة تكميل الأحكام وتمليك المنفعة، وهو أن يصير بالحرية جائز الشهادة، ثابت الولاية، ماضي التصرف، وتمليك المنفعة أن يصير بالحرية مالكاً لمنافع نفسه، فيجب أن يكون كامل النافع، ولأن العتق أحد مايكفر به فلا يجوز ما يقع عليه الاسم أصله الإطعام، فإنه لا يجوز فيه المسوس، وإن كان اسم الطعام يقع عليه.

فإذا تقرر هذا نقول: كل عيب في الرقبة يضر بالعمل ضرراً لا يمنع جوازها في الكفارة، وهو كالبيع ما يؤثر في مقصوده يعد عيبا، وما لا يؤثر في مقصوده لا يعد عيباً، فعلى هذا نقول الأعمى لا يجوز؛ لأنه عاجز عن الإكتساب فلا يمكن العمل مع العمى في أكثر الصنايع والأعور لا يجوزً؛ لأن ما يعمل ذو العينين يعمل الأعور ويخالف الأضحية، ولا يجوز فيها الأعور؛ لأن العين مقصودة بالأكل وهو المقصود فيه [١٥٧/أ] وها هنا المقصود ما ذكرنا.

فرع

لا يجوز الزمن سواء كان أقطع اليدين أو إحديهما، أو أقطع الرجلين أو إحديهما، وبه قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: مقطوع اليد والرجل من خلاف يجوز، وإن كان من وفاق كلاهما من جانب واحد لا يجوز، واحتج بأن منفعة الجنس باقية مع قطع إحدي اليدين وإحدى الرجلين وهذا غلط؛ لأن هذا النقص يؤثر في العمل ويضر به ضرراً بيناً كما لو كانا من وفاق.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٤٩١).

فرع آخر

إذا كان مقطوع الإصبع نظر، فإن كان مقطوع الإبهام أو السبابة أو الوسطى لا يجوز، وإن كان مقطوع البنصر والخنصر من يد واحدة لا يجوز، وإن كان مقطوع الخنصر والبنصر من اليدين أجزأه، وإن كان مقطوع الخنصر أو البنصر من يد واحدة يجوز أيضاً؛ لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بيناً.

فرع آخر

لو كان هذا في الرجل، قال ابن أبي هريرة: لا فرق بين أن يكون ذلك من اليد أو الرجل؛ لأنه يزول به معظم القوة من المشي كما يزول معظم القوة من البطش، هو اختيار القاضي الطبري. وقال في «الحاوي»: قطع إبهام الرجل يمنع الجواز؛ لأنه يضر بالمشي. وأما غير الإبهام إذا قطع أحدهما من سبابة أو وسطى أو بنصرأو خنصر لا يمنع الجواز بخلاف اليد؛ لأن منافعها في الرجل متقاربة، وفي اليد متفاصلة فإن قطع إصبعين منها في رجل واحدة لا يجوز؛ لأن اجتماعهما مضر بالمشي. وقال القفال: مفقود أصابع الرجل يجوز؛ لأنه لا يذهب به أكثر المشي ولم يذكر غير هذا وهو غريب، والصحيح ما ذكره صاحب «الحاوي».

فرع آخر

شلل الإصبع فيما ذكرنا يقوم مقام قطعها، فإذا منع القطع منع الشلل. [١٥٧/ب]

فرع آخر

لو كان مقطوع الأنملة، فإن كان من الإبهام لا يجوز، وإن كان من سائر الأصابع جاز، حتى لو كانت السبابة والوسطى والبنصر والخنصر مقطوعة الأنامل كلها جاز؛ لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بيناً، وإن كان مقطوع الأنملين لم يجز إذا كان من الإصبع التي يمنع تقدمها الجوار وهي الأصابع الثلاثة من الإبهام والمسبحة والوسطى، فأما الخنصر أو البصر ففقدها لا يمنع جوازها عن الكفارة، ففقد أنملتين أولى بأن لا يمنع.

فرع آخر

مقطوع الأذنين يجوز في الكفارة، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك وزفر: لا يجوز؛ لأنه يجب فيهما الدية كا ليدين، وهذا غلط؛ لأن قطعهما لا يضر بالعمل ضرراً بيناً، وإنما يورث نقصان السمع.

فرع آخر

يجوز الأجدع وغيره أولى منه بالخروج من الخلاف، وإنما جاز لأنه لا يؤثر في العمل.

فرع آخر

يجوز مفقود الأسنان، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لايجوز لأن منفعة المضغ ذاهبة وهذا غلط؛ لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بيناً.

فرع آخر

الأصم يجوز؛ لأنه لا يضر بالعمل بل يزيد العمل لأنه لا يسمع بالسفلة عنه، وقد قال الشافعي: «فإن كان أبكم وأصم يعقل أو أحمق أو ضعيف البطش أجزأه». وقال بعض أصحابنا بخراسان: الصمم كالخرس، وهذا ليس بشيء.

فرع آخر

الأبكم الذي ولد أخرس، والأخرس هو الذي خرس بعد الولادة وقد ذكرنا حكمه. قال المزني: أولى قوليه أنه يجوز، وهو كما قال، وليست المسألة على قولين لما روي أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ ومعه جارية خرساء، فقال: يا رسول الله، علي رقبة [١٥٨/أ] فهل تجزئ عني هذه؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «أين الله؟» فأشارت إلى السماء. فقال لها: «من أنا؟» فأشارت إلى أنه رسول الله، فقال: «أعتقها فإنها مؤمنة»(١).

فرع آخر

الأحمق هو الذي يجارف الفعل أو القول وهو يعلم قبحه فيجوز عتقه عن الكفارة، وقيل: الأحمق الأخرق العاقل، فأما من لا يعلم قبح ما يأتيه من القول والفعل فإنه مجنون، وحكمه أنه إن كان مطلقاً لا يجوز.

فرع آخر

قد ذكرنا أن إعتاق المجنون عنها لا يجوز إذا كان الجنون مطبقاً؛ لأن الجوارح وإن كانت باطنية فملاك منافعها العقل، وإن كان يجن ويفيق قال الشافعي: يجوز. قال

---

(١) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب في الرقبة المؤمنة (٣٢٨٤).

أصحابنا: الاعتبار فيه بالغالب، فإن كان الغالب الإفاقة جاز، وإن كان الغالب الجنون لا يجوز، وإن كان يجن ويفيق قال الداركي: لا يجوز، وينبغي أن يكون زمان إفاقته أكثر، وظاهر ما قال أصحابنا أنه يجوز.

فرع آخر

لو كان زمان إفاقته أكثر ولكنه يبقى في زمان إفاقته سدراً مصعوقاً لا يقدر على العمل إلا بعد حين لا يجوز، وإن كان يزول عنه السدر ويقدر على العمل يجوز.

فرع آخر

في الأبله ينظر فإن كان بله بلادة ودهش لم يجزءه؛ لأنه يؤثر في العمل، وإن كان بله سلامة وقلة فطنة أجزأه.

فرع آخر

يجوز الأقرع، والأبرص، والرتقاء، والمجنون؛ لأنه لا يمنع العمل والاكتساب.

فرع آخر

يجوز ولد الزنا وغيره أولى لرفع الخلاف. وقال الزهري والأوزاعي: لا يجوز لقوله ﷺ: «ولد الزنا شر الثلاثة»[1] وهذا غلط؛ لأنها رقبة سليمة الخلق كاملة الرق، فأشبه صحيح النسب. وأما الخبر له أربع تأويلات [١٥٨/ب] أحدها: أنه شر الثلاثة ذكراً؛ لأنه يذكر أبداً أنه ولد الزنا إذا سئل عن أبيه. والثاني: أنه شر الثلاثة نسباً؛ لأنه لا ينسب إلى أب. والثالث: أنه شر الثلاثة إن كان زانياً؛ لأنه قد جمع بين الزنا وفساد النسب. والرابع: أنه ذكر ذلك عن طريق التعريف؛ لأنه كان واحداً من ثلاثة وقد عرفوا بالشر، فقال: ولد الزنى فيهم شرهم، كما يقال: المشتمل بثوبه هو شر الجماعة للتعريف لا لإشتماله الثوب. وقيل: أراد نسبه ضائع لا يستدرك وهما يستدركان حال أنفسهما بالتوبة.

فرع آخر

يجوز قصير الخلق إذا كانت خلقته صحيحة ولم يعجز عن العمل، فإن عجز عن العمل لا يجوز، وإن كان موجود العمل من بعيد يجوز.

---

(١) أخرجه أبو داود في العتق، باب في عتق ولد الزنا (٣٩٦٣)، وأحمد في «مسنده» (٨٠٣٧).

فرع آخر

لو كان مريضاً، قال الشافعي رحمة الله عليه: «إن كان يرجى برؤه أجزأه، وإن كان لا يرجى لا يجوز، وهو مثل السل ونحوه. قال أصحابنا: والشيخ الكبير مثله إن كان يرجى عمله يجوز، فإن كان عاجزاً عن الكسب والعمل لا يجوز.

فرع آخر

لو كان به شجاج لم يندمل منها، فإن كانت دون مأمومة الرأس وجائفة البدن يجوز؛ لأنها غير مخوفة، وإن كانت مأمومة الرأس أو جائفة لم يجز؛ لأنهما قبل الإندمال مخوفان.

فرع آخر

الأعرج إذا كان خفيف العرج لا يضر العمل بنقصان مشيه يجوز، وإن كان عرجاً شديداً لا يجوز. وقيل: يعتبر في الرقبة التي تجزئ عن الكفارة خمس شرائط؛ أحدها: الإسلام. والثاني: السلامة من العيوب. والثالث: كمال العقل. والرابع أن لا يكون معتاطاً فيها. والخامس: النية، وهذا حسن، وتفصيله ما ذكرنا [١٥٩/أ].

باب من له الكفارة بالصيام(١)

مسألة: من كانَ لهُ مسكنٌ وخادمٌ لا يملكُ غيرهُ وَلَا مَا يشتريَ بهِ مملوكاً كانَ لهُ أَنْ يصومُ.

الفصل

إذا وجبت عليه كفارة وله خادم لا يملك غيره، وبه حاجة إلي خدمته إما لضعفه أو لمروته فإنه ممن لا يخدم نفسه؛ لا يجب عليه إعتاقه وقد يجوز له أن يصوم وبه قال أحمد. وقال مالك وأبو حنيفة والأوزاعي: لا يجوز أن يصوم ويجب عليه إعتاقه، ووافقنا أبو حنيفة أنه لو كان معه ثمن الرقبة وهو يحتاج إليه لا يلزمه شراء الرقبة، وعند مالك والأوزاعي يلزمه شراءها وهذا غلط لأن حاجته تستغرقه فصار كالعادم كما لو وجد الماء وهو يحتاج إليه للعطش؛ يجوز له الانتقال إلى التيمم، ولا يلزمه التوضيء به.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٤٩٦).

فرع آخر

له رقبة لخدمته ولكنه غير محتاج إليها، لم تجر عادة مثله الخدمة؛ فيه وجهان: أحدهما: وهو الأصح لا تضاف تلك إلى كفايته وتكون فاضلة عنه يلزمه التكفير بها وبه قال أكثر أصحابنا، والثاني: أنها من كفايته لكونها من كفاية غيره، وإن من يخدم نفسه فلعدم القدرة على من يخدمه، وكان الداركي يحكي عن أبي إسحاق أنه قال: يحتمل أنه قال: لا يلزمه إعتاقها لأن على الإنسان مشقة في خدمة نفسه ولهذا لا يلزمه أن يبيع مسكنه، وإن كان مثله يبيت في المدرسة أو المسجد لأن عليه في البيتوتة في المسجد مشقة عظيمة؛ فسومح فيه كذلك هاهنا.

فرع آخر

لو كان الخادم ثميناً يمكنه بيعه وشراء من يخدمه ببعض ثمنه وسوى رقبة الكفارة بالفاصل عنه لزمه ذلك ولا يجزيه الصوم، وهذا لأنه لا ضرر عليه فيه. وكذلك لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله [١٥٩/ب] يمكنه أن يبيعها ويشتري بثمنها ما يكفيه من لباسه ورقبة يعتقها عن الكفارة، وكذلك لو كان له مسكن واسع كثير الثمن يمكنه أن يبيعه ويشتري مسكناً آخر بقدر حاجته ويفضل ما يشتري به رقبة يمكنه إعتاقها يلزمه ذلك.

فرع آخر

لو أمكن بيع المسكن في محلته وشري مسكن آخر في محلة أخرى ببعض وشري فيه للكفارة فيه وجهان؛ أحدهما: هذا، والثاني: لا يكلف ذلك لأنه يشق عليه الجلاء عن وطنه.

فرع آخر

لو كانت معه بضاعة لا تكفيه قال ابن أبي هريرة: تكون كفارته كفارة المعسر فيجوز له الصوم ولهذا جاز له أخذ الزكاة معها. ومن أصحابنا من قال: كفارته كفارة الموسر ولا يجزيه الصوم لأن حاجته إلى البضاعة أخف من حاجته إلى المسكن والخادم والأول أصح.

فرع آخر

إذا كان غائباً عن ولده لا يقدر على العتق وهو في بلده موسر واحد المعتق، فإن كان في كفارة القتل أو الفطر لم يجز له الانتقال إلى البدل، بل يكون في ذمته إلي أن يصل إلى ماله، وإن كان في كفارة الظهار فيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز له الانتقال إلى الصوم

لوجود الأصل في ماله، ولا يخاف بتأخيره فوات عباده. وهو أصر بنفسه حيث ظاهر، والثاني: يجوز الانتقال إلى الصوم لأن الضرر يلحقه ولحق امرأته بالصبر في ذلك لأن لا يجوز له وطأها حتى يكفر.

فرع آخر

لو وجد ثمن الرقبة ولا يجد رقبة يشتريها؛ قال بعض أصحابنا بخراسان: يلزمه الصبر إلى أن يجد الرقبة، ولا ينتقل على الصوم بخلاف المحصر، إذا وجد الثمن ولم يجد الهدي يصوم ولا يلزمه الصبر لأن عليه ضرراً [١٦٠/أ] في ذلك والإحضار سبب هو معذور فيه، وعلى قياس ما تقدم يحتمل وجهاً آخر أنه لا يلزمه الصبر للضرر.

فرع آخر

لو وجد رقبة باع منه نسيئة ولد مال ببلد آخر، قال بعض أصحابنا: يجب الشراء، وعندي أنه لا يجب ذلك لأنه إنما يملك ماله قبل توفر ثمنها منه فيلحقه الضرر.

فرع آخر

لو وهب منه رقبة، أو عرض عليه إعتاقها عنه لا يلزمه قبولها لأن ذلك منه عظيم.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: من المادة من كفايته ولا يلزمه الإعتاق حتى يفصل منها ما يمكنه أن يشتري به رقبة وهي من إحدى جهات ثلاث؛ إما من استغلال عقار، أو ربح تجارة، أو كسب صناعة. فأما استغلال العقار فقد يكون تارة أرضاً تزرع، وتارة شجرة تستثمر، وتارة أبنية تؤجر، ومثله أن يكون ماشية تحتلب فإن ملك منها ما يكون غلته وفق كفايته من غير زيادة كانت هذه الأصول من جملة كفايته فيجزيه الصوم ولا يلزمه العتق، وإن كانت تزيد على كفايته يلزمه صرف الزيادة إلى العتق، فإن نقصت عن قيمة رقبة يجزيه الصوم، وأما ربح التجارة إن كان يملك من رأس المال ما يكون ربحه وفق كفايته كان رأس المال من جملة الكفاية، ويكفر بالصوم، وإن زاد تلزمه الرقبة من الزيادة، وأما كسب الصناعة فإن كان وفق الكفاية يجوز الصوم، وإن كان لكثر ينظر فإن كان لا يجتمع قيمة الرقبة إلا في زمان طويل ينسب فيه إلى تأخير التكفير عن وقته لم يلزمه جمعها للعتق، وله أن يكفر بالصوم، وإن كان يبلغ قيمة الرقبة في ثلاثة أيام فما قاربها، ففي وجوب جمعها للتكفير بالعتق وجهان أحدهما يلزمه جمعها والتكفير بالعتق لأن قادر عليه، والثاني وهو الأشبه لا يلزمه [١٦٠/

ب] ذلك ويجوز أن يكفر بالصوم لأنه في وقت وجوب العتق غير قادر فعلى هذا إن لم يدخل في الصوم حتى جمع فاضل الكسب فبلغ قيمة الرقبة فيه قولان بناءً على أن الاعتبار بوقت الوجوب أو بوقت الأداء.

مسألة: قال: « فإنْ أفطرَ مِنْ عذرٍ أو غيرِهِ، أو صامَ فيهَا تطوعاً»[1].

الفصل

إذا أراد أن يصوم شهرين عن الظهار أو الجماع في رمضان أو القتل يلزمه أن يتابع بين أيامها ولا يفطر ولا يصوم عن غيرها فإن أفطر لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون بعذر، أو بغير عذر، فإن كان بغير عذر لزمه الاستئناف، وإن كان لعذر؛ فالعذر على ثلاثة أضرب: حيض، ومرض، وسفر. فأما الحيض فلا يقطع التتابع قولاً واحداً لأنه ينافي الصوم من غير أن يكون لها فيه صنع بوجه، ولا يمكن الاحتراز منع في شهرين، وأما المرض ففيه قولان؛ أحدهما قاله في «القديم» أنه مثل الحيض لا يقطع التتابع، وبه قال أحمد ومالك، واختاره المزني، وروي ذلك عن ابن عباس، ووجه هذا أنه أفطر بسبب لا يتعلق باختياره فأشبه إذا أفطرت بالحيض ولهذا سوي بين حكم المرض والحيض في الفطر في صوم رمضان، والثاني: قاله في «الجديد» وهو قول أبي حنيفة أنه يقطع التتابع لأن المريض يفطر بفعله واختياره بخلاف الحائض. وأما السفر فإن قلنا المرض يقطع التتابع فالسفر أولى لأن الفطر وسبب الفطر كانا باختياره. وإن قلنا: المرض لا يقطعه ففي السفر قولان؛ أحدهما: لا يقطع لأن الله تعالى سوى بينه وبين المرض في إباحة الفطر في رمضان وجعلهما عذرين فيه كذلك هاهنا، والثاني: يقطع لأن السفر كان باختياره بخلاف المرض. وقال القاضي الطبري: الصحيح أنه يقطع التتابع قولاً واحداً ولا أعرف فيه القول الآخر للشافعي، وإنما نص في «القديم» على المرض وحده. [١٦١/أ]

فرع

لو أفطرت بالنفاس هل يبطل التتابع أم لا؟ فقال جماعة أصحابنا: هو كالمرض، ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان؛ أحدهما هذا، والثاني: يبطل التتابع لأنه ليس بغالب ويقدر علي صوم شهرين لا نفاس فيهما.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٤٩٩).

فرع آخر

لو أفطر بالجنون أو الإغماء قال جماعة أصحابنا هو كالمريض، ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: بالمرض لا ينقطع التتابع فهذا أولى، وإن قلنا بأنه ينقطع به التتابع فيه قولان؛ أحدهما: يقطعه لإمكان خلوه في الأغلب من هذا والثاني: لا يقطعه لأنه ينافي الصوم كالحيض خلاف المرض.

فرع آخر

الحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما فأفطرتا فهو كالفطر بالمرض، وإن كان الخوف على الولد فأفطرتا له فإن قلنا في المرض يبطل التتابع فهاهنا أولى، وإن قلنا المرض لا يقطع التتابع فيه وجهان؛ أحدهما: لا يبطل، والثاني: يبطل لأن العذر في غيرهما والفطر باختيارهما، ولهذا يلزمهما الفدية دون المريض، ومن أصحابنا من قال: يبطل في حق المرضع دون الحامل كما لا يلزم الفدية في أحد الأقوال على المرضع دون الحامل.

فرع آخر

لو أكره على الفطر في أثناء الشهرين، فإن كان أوجر الطعام في حلقه لم يفطر قولاً واحداً، وإن أكره حتى أكل بنفسه هل يفطر؟ قولان؛ فإذا قلنا يفطر هل يبطل تتابعه قولان؛ أحدهما: يبطل لأنه نادر يمكن خلو الصوم عنه ولا ينافي الصوم، والثاني: يبطل لأنه معذور فيه كالمرض، وقيل قول واحد؛ يبطل. وهو اختيار الداركي، والطريقة الأولى اختارها صاحب «الحاوي».

فرع آخر

إذا أوجبنا التتابع في صوم كفارة اليمين في أحد القولين، وكانت لها إبانة معلومة للحيض فابتدأت الصوم في وقته يتخلله الحيض يبطل التتابع، وإن لم يكن لها معلومة قال أصحابنا: يحتمل وجهين، وظاهر [١٦١/ب] المذهب أنه يبطل التتابع لإمكان الاحتراز من تخللها.

فرع آحر

إذا تخللها رمضان أو يوم العيد يستأنف ويبطل التتابع قولاً واحداً لأنه إن كان عالماً فهو منفذٍ، وإن كان جاهلاً فهو مفرط لأنه يمكنه الاحتراز منه عن غير مشقة. واعلم أنه لا يتصور أن يتخلل الشهرين عند الفطر لأن زمان شهر رمضان يسبقه في قطع التتابع ويتخللها

يوم النحر، ولا يتصور تخلل أيام التشريق أيضاً لأن يوم النحر يسبقها وانقطاع التتابع به لا بما بعده، وقال أحمد: لا ينقطع التتابع به لأن فطره مستحق كما في زمان الحيض، وهذا غلط لما ذكرنا، ويفارق الحيض لأنه لا يمكن الاحتراز منها، ولو ابتدأ بصوم شهرين من يوم الفطر لا يصح صومه فيه ويصح صيامه بقية الشهر وصوم ذي القعدة يجب له ولا فرق في شهر ذي القعدة بأن يكون ناقصاً أو كاملاً، وأما شوال فلم يصح جميعه لأنه لا يصح الصوم في يوم الفطر فإن كان شوال تاماً صام لو ليوم من يوم ذي الحجة ويكفيه، وإن كان ناقصاً صام من أول ذي الحجة يومين ليكمل. . . . . يوماً وإن تبدأ بصيام التشريق فهو مبني على ما قال أصحابنا، وهو أن في أيام التشريق هل يجوز صوم المتمتع قولان؛ فقيل: خص المتمتع به لرخصة رسول الله ﷺ، وقيل: على هذا القول يجوز أن يصوم فيها كل صوم له سبب، فإن قلنا بهذا كان ابتداء الصوم في الكفارة من أولها، وإن قلنا لا يصح صومها وهو المذهب الذي كان ابتداء الكفارة من الرابع عشر من ذي الحجة ويكون صوم المحرم معتبراً بالهلال تاماً كان أو ناقصاً ويكمل تمام الثلاثين من شهر صفر وأما قول الشافعي: أو من الأيام التي نهى رسول الله ﷺ عن صيامها أراد هذه الأيام الخمسة ولم يرد به [١٦٢/أ] يوم الشك، فإذا ختم به الشهرين ولم يتبين أنه كان من رمضان أجزأه.

فرع آخر

إذا قلنا: يشترط التتابع في صوم كفارة اليمين في قول: فمرض أو سافر في أثناء الصوم فأفطر فإن قلنا ينقطع التتابع به في صوم الشهرين فهاهنا أولى وإن قلنا: لا ينقطع التتابع به هناك، فهاهنا وجهان؛ وقيل: هذا الاختلاف لا يتصور في كفارة اليمين لأن في «الجديد»: لا يشترط التتابع فيه وفي «القديم»: يشترط التتابع والمرض في قوله القديم: لا يبطل التتابع فلا يتصور ذلك لا على قوله الجديد ولا على قوله القديم.

فرع آخر

إذا أفطر على أن الشمس غربت فأخطأ أو على أن الفجر لم يطلع وكان قد طلع ينقطع التتابع لأنه مفرط فيه، وكان يمكنه التوقف حتى يتبين الحال. وذكر والدي وجهاً آخر: أنه لا ينقطع لأنه معذور.

فرع آخر

قال القفال: قال الشافعي: لو غير النية في غير أيام التشريق إلى صوم التطوع بطل التتابع قال: وهذا دليل على صحة أحد وجهي أصحابنا، فمن نوى بالخروج من الصوم بطل

صومه لأنه أبطل تتابعه بنفس تغير النية والكلام في تغير النية إلى الفطر؛ وإلي التطوع هاهنا واحد، ويمكن أن يتناول كلام الشافعي فيقال: أراد غير النية في انعقاد اليوم قبل انعقاد الصوم أو غير في الليل بصوم الغد.

فرع آخر

إذا شرع في صوم شهرين متتابعين فصام يوماً فصام يوماً بل يلزمه الشروع في اليوم الثاني حتماً. أو له تركه ليستأنف في اليوم الثالث، قال والدي رحمه الله: يلزمه الشروع في صوم اليوم الثاني لأن صوم الشهرين كصوم يوم واحد لأن فساد بعضهما يؤدي إلى الباقي، ولو شرع في صوم للفرض لم يترك الصوم في أثناء اليوم فلذلك هاهنا. [١٦٢/ب]

مسألة: قال: «إذا صامَ بالأهِلَّةِ صامَ شهرينِ»[(١)].

الفصل

إذا ابتدأ التكفير بالصوم من أول الشهر يصوم شهرين ما بين الهلالين تاماً كان أو ناقصاً، وإن كان تسعة أو ثمانية وخمسين وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، وإن مضي بعض الهلال سقط فيه اعتبار الهلال ويعتبر بالعدد ثلاثين يوماً.

مسألة: قال: «ولا يجزيهِ حتىٰ يقدِّم نيةَ الصومُ قبلَ الدخولِ فيهِ».

كل صوم واجب لا بد فيه من النية في الليل وصوم الكفارة من جملة الواجبات، هل يشترط فيه التتابع فيه؟ اختلف أصحابنا فيه علي ثلاثة أوجه؛ أحدها: لا بد أن يأتي بها كل ليلة لأن التتابع فيه واجب كوجوب الصوم، فيلزمه نية التتابع كل ليلة كما يلزمه فيه نية الصوم كل ليلة ولأنها كنية الجمع تجب في أول الصلاتين، والثاني: تكفيه نية التتابع مرة واحدة ليتميز التتابع من غيره، والتميز يحصل بمرة واحدة، والثالث: وهو الأصح لايفتقر إلى نية التتابع بحال لأن الواجب نية العبادة لا شرائطها، ويفارق الجمع من الصلاتين لأنه رخصة فافتقر إلى نية الترخص، قال أصحابنا: وفائدة الخلاف أنه لو صام رمضان عن الكفارة وشوال هل يجزى صوم شوال غير يوم العيد حتى يكمله؟ فإن قلنا: نية التتابع لا تشترط يجوز، وإن قلنا: إنها تشترط لا يجوز.

مسألة: قال: «ولو نوىٰ صومَ يومٍ فأغميَ عليهِ فيهِ ثم أفاقَ قبلَ الليلِ أوْ بعدهُ، ولمْ يطعمْ؛ أجزأهُ إذا دخلَ فيه بعدَ الفجرِ وهوَ يعقلُ».

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٥٠٣/١٠).

هذه المسألة نصت في كتاب الصوم والصحيح أن المسألة على قول واحد أنه متى كان في بعض منامه مفيقاً حتى ينظم فعل الصوم إلى النية جاز صومه، وإن لم يكن مفيقاً في جزء من النهار لا يجوز. واعلم أن الشافعي قيد الإفاقة المشروطة بأول النهار فقال: إذ دخل فيه بعد الفجر [١٦٣/أ] وهو يعقل فظن بعض أصحابنا أن الإفاقة يجب وجودها حين يدخل في الصوم، وإنما أراد الشافعي اشتراط الإفاقة في شيء من النهار وأوله وأخره سواء، واختار المزني أنه يصح صومه وإن استغرق الإغماء جميع النهار كاليوم، وهذا لا يصح لأن النائم يقضي مافات من الصلوات بخلاف المغمي عليه. ثم قال الشافعي: ولو أغمي عليه فيه وفي يوم بعده ولم يطعم استأنف، ولا شك أنه لا يصح صومه في اليوم الثاني لعدم النية، وينقطع التتابع في قوله الجديد كما نص هاهنا، وقد ذكرنا ما قيل فيه.

مسألة: قال: «ولو صامَ شهرَ رمضانَ في شهرينِ أعادَ شهرَ رمضانَ واستأنفَ شهرينِ».

المكفر إذا صام شهرين فيهما شهر رمضان؛ فإن صام شعبان، ثم رمضان بنية الكفارة لم يجزه أحدهما، أما رمضان فلأنه مستحق الغير، فلا يجوز صومه عن غيره ولا يجوز عن رمضان أيضاً لأنه لم يعين له النية، وأما شعبان لا يجوز لأنه ينقطع التتابع بدخول رمضان، فعليه أن يقضي صوم شهر رمضان، ويصوم شهرين متتابعين بعده، وإن صام أولاً رمضان ثم ما بعده لا يجوز صوم رمضان لما ذكرنا. ولا يجوز صوم أول يوم من شوال، وأما ما بعده فقد ذكرنا حكمه. وحكي عن الأوزاعي، وأبي عبيدة بن حربونة أنهما قالا: يجزيه صوم شهر رمضان عنهما جميعاً، وهذا غلط فاحش له لو كان عليه قضاء رمضان، فصام ينوي إذا الحاضر في قضاء الغائب لا يجوز بالإجماع، فكيف يجوز هذا؟

مسألة: قال: «وأقلُ ما يلزمُ منَ قالَ إنْ الجماعَ بينَ ظهراني الصومِ يفسدُ الصومَ؛ لقولِهِ تعالىٰ: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾[1].

أي: يزعمُ أن الكفارةَ بالصومِ والعتقِ لا يجزيانِ بعدَ أن يتماسّا قالَ: «والذِي صامَ شهراً قبلَ التماسِ [١٦٣/ب] وشهراً بعدهُ أطاعَ اللّهَ في شهرٍ وعصاهُ بالجماعِ قبلَ شهرٍ يصومه».

الفصل

وقصد به الرد على أبي حنيفة حيث قال ينقطع التتابع بالوطىء في ليالي الصوم.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٥٠٥/١٠).

واحتج عله بهذا الفصل وهو أنه إذا صام شهراً قبل المسيس وشهراً عده كما يقول؛ يكون أولى من قول من يقول يستأنف ويصوم شهرين بعد المسيس لأن هاهنا كلا الشهرين بعد العصيان وعلى ما ذكرنا أحد الشهرين بعد العصيان وعلى ما ذكرنا أحد الشهرين قبل العصيان والآخر بعده.

مسألة: قال: «وإنما حكمهُ في الكفاراتِ حينَ يكفرُّ كمَا حكمهُ في الصلاةِ حينَ يصليَ».

اختلف قول الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ في الكفارة هل تعتبر لحال الوجوب أو لحال الأداء؟ فنص هاهنا أنه يعتبر لحال الأداء وبه قال مالك وأبو حنيفة، ووجهه أن الكفارة معنى له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيها حال الأداء كالطهارة، ولأن الصلاة تعتبر بحال الأداء في القيام والقعود عند القدرة والعجز كذلك الكفارة. وقال في «كتاب الأيمان»: الاعتبار فيها لحال الوجوب وبه قال أحمد؛ لأنها عقوبة للتكفير والتطهير فيعتبر لحال الوجوب كالحد وهذا لا يصح لأنه لا تجوز الزيادة في الحد، وهاهنا لو أخرج العتق مع جواز الصوم يجوز فجاز أن يزيد تغير الحال بخلاف الحد وفيه قول ثالث فخرج الاعتبار فيها بأغلط الأحوال لأنه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه أغلط الأحوال كالحج وهذا لا يصح أيضاً لأنه يعتبر في الحج حال الأداء لأنه أوجب عليه وهو صحيح، ثم ومن يجوز له الاستنابة والأول أصح، وهو اختيار المزني.

فإن قلنا: الاعتبار بحالة الأداء، فإن كان في حال التكفير معسراً لم يلزمه العتق وفرضة الصوم، وإن كان في حال الوجوب موسراً إلا أنه يختار العتق ويحمله فيكون أفضل [١٦٤/أ] وإن كان عند التكفير موسراً يلزمه العتق، وإن كان وقت الوجوب معسراً، ولو لم يكفر بالصوم حتى عجز عنه فكفارته الإطعام، ولو لم يطعم حتى صار قوياً قدراً على الصوم ولم يوسر بالعتق فكفارته الصيام. وإن قلنا: الاعتبار بحالة الوجوب؛ فإن كان وقت الوجوب موسراً ثم أعسر ففرضه العتق قال الشافعي: واحب أن يصوم حتى إن مات قبل أن يجد الرقبة يكون قد أتى بشيء، فإن صام ثم وجد الرقبة يلزمه إعتاقها، وإن كان وقت الوجوب معسراً يجوز له الصوم، وإن كان موسراً عند الأداء، فإن أعتق المذهب أنه يجوز وقيل: فيه وجه آخر أنه لا يجوز لأنه لا يخرج عن الصوم بالمال كما لا يخرج عن المال بالصوم. وإن قلنا: الاعتبار بأغلط الأحوال ففي أي حال كان موسراً لم يجز إلا العتق. وأما قول الشافعي: كما حكمه في الصلاة، حتى يصل: أو أذنه في القعود والقيام وستر العورة واستقبال القبلة، والطهارة بالماء والتراب، والقدرة على القراءة والعجز عنها كما يعتبر بحال أداء الصلاة كذلك هاهنا. فإن قيل: أليس العبد إذا وجبت عليه كفارة الظهار ثم

عتق قبل أن يؤدي و. . . . . لم تجب عليه الكفارة بالعتق اعتباراً بحال الوجوب دون حال الأداء؟ قلنا: الفرق أن حالة الوجوب لم تكن ممن تجب عليه العتق ولا يجزيه فلم يلزمه بتغير الحال كخلاف مسألتنا.

فرع

إذا كان معسراً في حال الوجوب وقلنا: الاعتبار لحال الوجوب فآخر الأداء شهراً ثم شرع في الصوم فصام شهراً ثم مات وهو واحد للرقبة هل يلزم الإطعام لصوم شهر أو يلزم الإعتاق أو إطعام ستين مسكيناً أما الإعتاق لا يلزم لأنه لم يكن واجباً في حال الحياة وأما الإطعام [١٦٤/ب] فواجب وما هو فيه وجهان؛ أحدهما: يلزمه الإطعام لصوم شهر لأنه لما دخل في الصوم تعين فوجب الإطعام لما لم يقضه إذا كان متمكناً من الجميع في حال الحياة، والثاني: يلزم إطعام ستين مسكيناً لأن صومه شهرين لعبادة واحدة فلا يجوز أن يؤدي بعضه ويطعم عن بعضه، كما لا يجوز في اليوم الواحد فإذا بطل هذا وقد تعذر اليوم وجب الانتقال إلى ما جعل بدلاً عنه في بعض الأحوال وهو إطعام ستين مسكيناً دون الرقبة. وإن قلنا: الاعتبار بحال الأداء أو بأغلظ الأحوال وجب إعتاق الرقبة لأن الرقبة في مال الورثة موجودة عند أداء الكفارة من الوارث، هكذا ذكره والدي رحمه الله تعالى. وعندي أنه بشروعه في الصوم ينتقل الحكم إليه ولا يعتبر ما بعده من القدرة على العتق أو الإطعام كما في حال حياته لا يعتبر ذلك.

مسألة: قال: «ولو دخلَ في الصومِ ثمَّ أيسرَ كانَ لهُ أن يمضيَ علىٰ الصيامِ»[١].

إذا كان معسراً عند وجوب الكفارة فشرع في الصوم ثم أيسر لا يلزمه الانتقال إلى العتق قولاً واحداً ويستحب له ذلك وبه قال مالك، وأحمد، وقال أبو حنيفة والمزني: يلزمه الانتقال إليه وهذا غلط لأنه قدر على المبدل بعد شروعه في صوم البدل فلا يلزمه العود إليه كما لو وجد العود في صوم السبعة، واعلم أن الكلام في هذا بعد التسليم أن الاعتبار في الكفارة بوقت الأداء، فإن قلنا: يعتبر بوقت الوجوب قبل وجد الرقبة وقبل الشروع في الصوم لا يلزمه الإعتاق أيضاً إذا كان عند الوجوب معسراً فلا يعيد الكلام هاهنا، واحتج المزني لمذهبه الذي مذهب أبي حنيفة [١٦٥/أ] فقال: لو كان فرضه الصوم ما جاز له اختيار أبطال الفرض والرقبة فرض وحدها لا غيرها كما أن الوضوء بالماء فرض وحده لا غيره ولا خيار في ذلك بين أمرين. وقصده بهذا الكلام تقسيم كأنه قال: إما أن يكون فرضه

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٥٠٨).

الصوم أو العتق فإن كان الصوم فرضه فكيف لحرية العتق؟ وإن كان العتق فرضه فكيف لحرية الصيام، والكفارة مرتبة والجواب أن يقال: لا يستبعد مثل هذا التخيير في العبادة المرتبة، ألا ترى أن المسافر إذا كان معه من الماء ما يحتاج إليه فشرب ويمكنه صرفها إلى الوضوء بنوع من التحامل على النفس من غير خوف التلف كان مخيراً؛ إن شاء توضأ، وإن شاء تيمم. واحتج أيضاً بالمعتادة بالشهور، إذا رأت الحيض بطلب الشهور، وقد أجبنا عنه في كتاب الطهارة. واحتج أيضاً بقول الشافعي في الأمة تعتق وقد دخلت في العدة إنها لا تكون في عدتها حرة وتعتد عدة أمة. وفي المسافر يدخل في الصلاة ثم يقيم لا يكون في بعض صلاته مقيماً، ويقصر. قلنا: الأمة إذا أعتقت فانتقلت إلى عدة الحرة لم يبطل عليها ما مضى من عدتها ولكنها تبني عليه، وكذلك المسافر إذا نوى المقام، وهذا الصائم لو كلفناه العود إلى الإعتاق أبطلنا عليه ما مضى من الصيام في حكم الإجزاء عن الكفارة فافترقا.

مسألة: قال: «ولو قالَ لعبدِهِ: أنتَ حرّ الساعةَ عنْ ظهاري إنْ تظهرتُ».

الفصل

إذا قال لعبده: أنت حر الساعة عن ظهاري إن تظهرت كان حراً الساعة، ولا تتعلق بالشرط لأنه نجز في الحال فلا يملك تعليقه بالشرط الذي يتأخر. وهكذا قال: أنت حر الساعة [١٦٥/ب] إن دخلت الدار عتق في الحال. قال الشافعي: ولم يجزه عن ظهاره إن تظهر لأنه لم يكن ظهار ولا سبب منه يريد أنه قدم على السببين جميعاً، وحق المال لا يجوز تقدمه على جميع أسباب الوجوب. ولو قال له: أنت حر عن ظهاري إن تظهرت، ولم يقل الساعة لم يعتق في الحال، وتعلق بالشرط فإن تظهر منها وقع العتق ولا يجزيه عن ظهاره لأن التحرير سابق الظهار وذلك يمنع جوازه عن الظهار على ما ذكرنا في كتاب «الإيلاء». ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان؛ أحدهما: هذا، والثاني: يجزيه عن الظهار لأنه لو أوقعه يليه الكفارة وعتق بعد وجود سبها.

فرع آخر

لو ظاهر منها ثم طلقها عقيبه ثم أعتق عن الظهار ثم راجعها كانت الرجعة عوداً وكان التحرير بعد الظهار وقبل العود فهل يجزيه عن الظهار؟ المذهب أنه يجوز لأنه وجد أحد سببي الكفارة وقدمها على أحد السببين كما يجوز كفارة اليمين بالمال بعد اليمين قبل الحنث، وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان؛ أحدهما: ما ذكرنا، والثاني لا يجوز ذلك لأنه استباحة محظور فلا يجوز فيه تقديم الكفارة، كما لو كان الحنث في اليمين معصية لا يجوز

تقديم الكفارة في اليمين وهذا لا يصح، لأن التكفير هاهنا يستبيح الوطىء المحظور وفي اليمين إذا كفر لا يستبيح حنث المعصية فافترقا.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو قال: إذا دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم أعتق عبداً عن ظهاره قبل دخول الدار أجزأه العتق لأن لفظ الظهار وإيقاعه قد وجد منه وهو السبب في الظهار، فقد حصلت الكفارة بعد وجود سببها، وقال سائر أصحابنا لا يجوز لأنه ليس بمظاهر فلم يوجد أحد سببي الكفارة فلا يصح [١٦٦/أ] التكفير ولا اعتبار بما ذكره من لفظ الظهار وإنما الاعتبار بكونه مظاهراً ولم تحصل. وقال صاحب «المنهاج»: لفظ الشافعي دليل على الوجه الأول لأنه قال: ولم يجزه أن تظهر لأنه لم يكن ظهار ولا سبب منه ممن هو منه أنه لو كان منه سبب يجوز وتعلق ظهارها بدخول الدار سبب من أسباب الظهار وهذا ضعيف لما ذكرنا.

فرع آخر

لو ظاهر وأعتق عقيبه عن الظهار بأن قال: أنت عليَّ كظهر أمي، وعبدي هذا حر عن ظهاري فيه وجهان؛ لأن حروف العتق وهو قوله غلامي هذا حر، أقل من حروف قوله: أنت طالق فيكون العتق بين الظهار والعود والصحيح جوازه على ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا صام عن كفارته ثم بان أن موروثاً له مات؛ وورث منه رقبة ولم يعلم؛ اعتد بصومه ولم يلزمه العتق، ولو نسي الرقبة في ملكه فصام لا يجوز صومه للفرق بين الجاهل والناسي، هكذا ذكره بعض أصحابنا، ويحتمل أن يقال: لا يجوز فيهما.

باب الكفارة بالإطعام[1]

مسألة: قال: فيمَن تظاهرَ ولمْ يجدْ رقبةً ولمْ يستطعَ حينَ يريدُ علىٰ الكفارةِ صومَ شهرينِ بمرضٍ أو علةٍ ما كانتْ، أجزأهُ أن يطعمَ».

الفصل

إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصوم لمرض أو علة أجزأه أن يطعم، قال أصحابنا:

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٥١٢).

عدم الاستطاعة هاهنا أن يلحقه من الصوم مشقة غليظة أو زيادة في مرضه، وقال الداركي: سئل أبو إسحاق عن من كان به شبق مفرط لا يقدر على الصوم، هل يجوز له أن يطعم ويترك الصوم؟ فقال: نعم؛ لأن المشقة تلحقه بذلك، ولأن الأعرابي لما قال للنبي ﷺ وهل أتيت إلا من الصوم [١٦٦/ب] أي: لا أصبر عن النساء حيث قال له: صم شهرين متتابعين عن الكفارة[١] جوز له الإطعام فدل على ذلك.

مسألة: قال: «ولا يجزيهِ أقلَّ منْ ستينَ مسكيناً».

يلزمه أن يطعم ستين مسكيناً كل مسكين مداً، فإن صرف مدين إلى مسكين واحد؛ لا يجوز بحال، وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: إن صرفه إليه في يوم واحد لم يجز، وإن صرفه إليه في يومين جاز، وعلى هذا لو صرف طعام ستين مسكيناً إلى مسكين واحد في ستين يوماً جاز، وربما يقولون: لو صرف كلها إلى مسكين واحد في يوم واحد في ستين مرة يجوز، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]. فنص على العدد والصفة وهي المسكنة. ثم لا يجوز الإخلال بالصفة فلا يجوز الإخلال بالعدد ولأن تقديره فعليه أن يطعم ستين مسكيناً وهذا يمنع الاقتصار على دون الستين ولأنه مسكين استوفى حقه من هذه الكفارة فلا يجوز أن يدفع إليه ثانياً منها كما في اليوم الزول.

وأما قوله: كل مسكين مداً من طعام بلده الذي يقتات به قصد به الرد على أبي حنيفة فإنه عندنا يلزم في جميع الكفارات صرف مد إلى كل مسكين بمد الرسول ﷺ وهو رطل وثلاث، وهذا على التقريب لأنه لا اعتبار فيه الوزن بل بالاعتبار به بالكيل، ولا يختلف ذلك باختلاف الأقوات براً كان أو شعيراً، أو زبيباً، أو تمراً، أو ذرة، وغير ذلك. ولا يختلف باختلاف الكفارات إلا في فدية الأذى، يلزمه لكل مسكين مدين، وبه قال الأوزاعي. وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس، وزيد بن ثابت، وأبي هريرة. رضي الله عنهم. وعنده البر نصف صاع ومن غيره صاع. وقال مالك: لكل مسكين مد، ولكنه بمد هشام وهو مدان بمد النبي ﷺ، وقيل إنه دون المدين [١٦٧/أ] وإنه مد وثلث بمد الرسول ﷺ. وروي عن مالك نحو قولنا في جميع الكفارات إلا في كفارة الظهار فإنها بمد هشام؛ وهو ابن عبد الملك بن مروان وهذا بعيد. وقال أحمد: هو من البر مدٌّ، ومن التمر والشعير مدين. واحتج بما روى يزيد المدني قال: جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق من شعير؛ فقال النبي ﷺ للمظاهر: «أطعم هذا ستين مسكيناً»[٢]. فإن مدي شعير مكان

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره ابن قدامة في «المغني» (٨/ ٢٥).

مدين، وقال أبو حنيفة: من البرِّ مدان، ومن التمر والشعير صاع، وفي الزبيب روايتان؛ واحتج بخبر سلمة بن صخر أن النبي ﷺ أعطاه وسقاً للتفريق على ستين مسكيناً[١]، والوسق ستون صاعاً وهذا غلط لما ذكرنا من خبر الأعرابي المجامع في رمضان.

وأما ما ذكروه من الخبر فمحمول علي الجواز والاستحباب. وروى سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر أن النبي ﷺ قال له: اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفع إليك وسقاً من تمر فأطعم ستين مسكيناً، وكل بقيته أنت وعيالك[٢] فدل علي أنه يعطي من الوسق ستين مسكيناً ثم يأكل بقية الوسق وهو علي مذهبنا أورده الشيخ الحافظ أحمد البيهقي. فإن قيل: فالفرق بين فدية الأذى وبين سائر الكفارات حيث قلتم: لا يجوز أقل من مدين لكل مسكين، قلنا: السنة فرقت بينهما وقد قال ﷺ لكعب بن عجرة: احلق رأسك وأطعم ستة مساكين ثلاثة آصع من تمر[٣] وأبو حنيفة خالف السنة في جميع الكفارات فإنه قال في فدية الأذي: لا يجوز ثلاثة أصع من تمر بل يجب ستة أصع وهذا الخبر الذي ذكرنا صحيح أورده أبو داوود وخبر الأعرابي المجامع لا شك في صحته وفيه خمسة عشرة صاعاً من تمر لستين مسكيناً، فإذا تقرر هذا فالواجب غالب قوت بلده كما قلنا [١٦٧/ب] في زكاة الفطر، فإن أخرج أعلى منه كان أفضل، وإن أخرج أدون منه فالمذهب أنه لا يجوز، وإن أخرج قوتاً لا يلزم فيه الزكاة فإن كان غير لاقط لا يجوز، وإن كان لاقطاً نص هاهنا يجوز، وفيه قولان. وقد شرحناه في زكاة الفطر.

مسألة: قال: «ولا يجزيهِ أَنْ يعطيهُمْ جملةً ستينَ مداً أَوْ أكثرَ لأَنْ أخذهمْ الطعامَ يختلفْ».

اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة. فقال ابن سلمى وابن خيزران: تأويلها أن يحضر ستين مسكيناً وأحضر ستين مداً من تمر واطعمهم ذلك. وقال: خذوا هذا وكلوا فقد أعطيتكم ذلك فلا يجوز؛ لأنه ما ملكهم ولأن أكلهم يزيد وينقص، فأما إذا قال: هذه ستون مداً لكل واحد منكم مد فملكتهم كلها يجوز؛ لأنه قد ملكهم وسوى بينهم وإنما بقيت القسمة وليس في ذلك مؤنة كبيرة وبه قال أحمد، وقال الأصطخري: لا يجوز؛ لأن عليه تسليم حقهم إليهم من غير مؤنة ألا ترى أنه لا يجوز أن يدفع الحب إليهم إلى مصفى، والتمر إلا جافاً منقى وهاهنا قد بقيت مؤنة القسمة فلا يجوز. والأول أصح، فإذا ثبت

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مسلم في الحج، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى ووجوب العذبة (١٢٠١).

جوازه ينظر فيما حصل مع كل واحد فإن كان قدر مد فقد استوفى كل واحد حقه، وإن كان أقل تمم له تمام المد، وإن كان أكثر لم يسترجع الفضل لأن الظاهر أنه تطوع به وهذا إذا لم يقل لكل واحد منكم مد فإن قال ذلك له إن يسترجع الزيادة.

وقال القفال: صورة المسألة أنه أحضر ستين فقيراً وأباح لهم ستين مداً ليأخذوا نهبة ولا يجوز إلا واحد منهم لأنهم إن أخذوا بالسوية فذاك، وإن تفاوتوا فقد حصل الواحد منهم فصاعداً أكثر من مد فإن يتقن أن عشرةً منهم مثلاً أخذوا أكثر من مد فعليه أن يتمم للباقين مداً قال: ولو ملكهم مشاعاً فقال: هذا لكم يجوز؛ لأنه ملكهم ثم يقتسمونه كما شاء [١٦٨/ب] ولا يضر أن يضع بعضهم بعض حقه إلى صاحبه وكذلك لو وكل المساكين رجلا بقبض الكل جاز ثم هم أعلم. وقال أبوحنيفة: لو غداهم أو عشاهم أجزأه لقوله تعالى: «فإطعام ستين مسكيناً» وهذا قد أطعمهم وهذا غلط؛ لأنه حق مال يصرف إلى المساكين شرعاً فيجب تمليكه كالزكاة، وأما الآية أراد به التمليك بالإجماع فدل أنه المراد بالآية.

مسألة: قال: «ولا يجزيهِ أن يعطيهمْ دقيقاً ولا سويقاً»[١].

الفصل

لا يجوز عند الشافعي في الإطعام إلا الحب نفسه كما قلنا في زكاة الفطر. وقال الأنماطي: يجزيه الدقيق وهو مذهب أحمد وهو اختيار ابن أبي هريرة، وعن أحمد في الخبز روايتان، وقال الأنماطي وابن أبي هريرة: يجوز الخبز لأنه مهيأ للاقتيات وبه نفتي. فأعطى إلى كل مسكين رطلين بالبغدادي، ومن نصر المذهب الاقتيات أحد منافعه وقد عدم أكثر منافع الجب، وقال أبو حنيفة: يجزئه الدقيق لا على طريق العين، ويجزئه الخبز وغيره على طريق العين.

مسألة: قال: «وسواءُ الصغيرُ منهمْ والكبيرُ».

قوله منهم يعني من المساكين، وجملته أنه يجوز صرف الطعام إلى الصغير لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾. ولم يفرق، ولأنه أحد ما يكفر به فجاز وضعه في الصغير كالعتق. ثم اعلم أن الصغير ليس من أهل القبض، فلا يدفع إليه بل يدفع إلى وليه، فإن دفعه إليه لم يجز، وإن كان الصغير رضيعاً قال أبو إسحق مرة لا يجوز حكاه الداركي لأن طعامه اللبن دون الحب، ثم رجع عنه وقال: يجوز؛ وهو الصحيح لأن الاعتبار ليس

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/٥١٨).

الأكل وإنما الاعتبار بالانتفاع، وهذا تصرف في منافعه. ألا ترى أن المريض المبرسم [١٦٨/ب] يجوز أن يعطى من التمر وإن كان لا يأكله.

مسألة: قال: «ولا تجزيهِ أن تعطيهِ مَنْ تلزمهُ نفقتهُ».

قد ذكرنا أنه لا يعطي من سهم الفقراء والمساكين من تلزمه نفقته والكفارة بجملتها كسهم الفقراء والمساكين في الزكاة فلا يجوز صرفها إلى ولده ووالده والزوجة ولا إلى العبد لأنه لا يملك إلا أن يكون السيد فقيراً فيعطيه بإذن سيده فيكون قد أعطى السيد ولا يعطي المكاتب بحال كيفما كان السيد لأن كسبه لا يكون للسيد، وهذا لأنه إذا كان له كسب ومال فهو غني، وإن لم يكن فإنه يمكنه أن يعجز نفسه فيلزم السيد نفقته، فإذا كان كذلك لم يجز أن يصرف إليه، وأما الزكاة يصرف سهماً منها إلى المكاتب لأن في أهل سهمان الزكاة الأغنياء بخلاف الكفارة فإنها للفقراء ولا حق فيها للأغنياء فهي بمنزلة سهم الفقراء من الصدقات لا يجوز صرف شيء منه إلى المكاتب لغنائه بماله أو سيده. وقال أبو حنيفة: يجوز صرف الإطعام إلى المكاتب كالزكاة وهذا غلط لما ذكرنا. ولو كان والده فقيراً عبر زمن فالصحيح أنه لا يجب نفقته فيجوز دفع الكفارة والزكاة إليه.

مسألة: قال: «ولا أحداً علىٰ غيرِ دينِ الإسلامِ».

لا يجوز دفع الكفارة إلى الكافر خلافاً لأبي حنيفة كما قال في زكاة الفطر: ووافقنا أنه لا يجوز دفعها إلى المرتد.

مسألة: قال: «وقالَ فِي «القديم»: لو علمَ بعدَ أَنْ أعطاهُ أنهُ غنيٌّ أجزأه ثم رجع إلى أَنَه لا يجزيهِ».

ظاهر المذهب أنه إذا علم غناه بعد أن أعطاه لايجوز وهو اختيار المزني؛ لأنه أعطى من لم يفرضه الله تعالى له بل حرمه عليه وقد ذكرنا هذا في كتاب الزكاة بالشرح ولو بان كافراً [١٦٩/أ] أو عبداً قيل قول واحداً لا يجوز؛ لأنه يعرف يقيناً والغنى يعرف اجتهاداً وقال القفال: الصحيح أن الكل على قولين وقد تقدم شرح الكلام فيه أيضاً.

مسألة: قال: «ويكفرُ بالطعامِ قبلَ المسيسِ».

لا يجوز المسيس قبل الإطعام كما لا يجوز قبل العتق والصوم وقوله: لأنها في معنى الكفارة قبلها أي فهي في معنى العتق والصوم المذكور قبل الإطعام، وبه قال أبو حنيفة وكافة العلماء، وقال مالك: يجوز أن يطأها الكفير حكاه بعض أصحابنا، وأومى إليه أحمد وبه قال داوود واحتج بأن الله تعالى لم يقل في الإطعام قبل أن يتماسا وهذا غلط؛ لأن الله

تعالى ذكر بعض الأحكام وبعضها نفسها فلما قيد العتق بقوله: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾. نبهنا به على الإطعام فإن قيل: فلم كرر هذا التقيد في الصيام قلنا: التنبيه لا يحصل بالشيء إلا على ما يماثله ويشاكله والإطعام نظير الإعتاق لأن الكل واحد يحصل في زمان قصير فأما الصوم فلا يحصل إلا في شهرين ولا يقع التنبيه عليه بالعتق كما يقع على الإطعام فإذا ثبت هذا يجوز أن يكفر بالإطعام متوالياً ومتفرقاً لظاهر الآية، فإن فرق ثم قدر على الصوم في أثنائه لم يلزمه العود إلى الصوم كما ذكرنا في الصوم إذا قدر في أثنائه على العتق نص عليه في «الأم».

فرع

إذا وطىء في خلال الإطعام لم يلزمه الاستئناف، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: يلزمه الاستئناف لأنه وطىء في أثناء الكفارة فيلزمه الاستئناف، كما لو وطىء في خلال الصيام وهذا غلط لأن وجود الوطىء لا يبطل ما فعله من الإطعام ويبطل الصوم حتى لو كان في الليل عندنا.

مسألة: قال: «ولو أعطىٰ مسكيناً مداً عنْ ظهارهِ، ومَداً عن يمينهِ [١٦٩/ب] أجزأهُ».

إذا وجبت عليه كفارتان فدفع مدين إلى مسكين واحد؛ مداً عن هذا ومداً عن هذا أجزأه لأنه قد وجد العدد والطعام المعدود في كل واحدة من الكفارتين، وإن أعطي من كفارة واحدة لم يجز، وعليه أن يعيد أحد المدين، وهل يرجع به عليه نظر، وإن كان مطلقاً لم يرجع، وإن شرط من كفارة واحدة يرجع.

فرع

لو دفع ستين مداً إلى مائة وعشرين مسكيناً إلى كل مسكين نصف مد يجزيه ذلك النصف المد، وعليه أن يتمم ذلك مداً، مداً لستين مسكيناً منهم أيهم اختار، ولا يسترجع الباقي لأنه قد وقع موقعه بدليل أنه لو أراد الأمام لهم أجزأه، فلم يجز له الاسترجاع هكذا ذكر أصحابنا. وقال بعض أصحابنا: إذا شرط عليهم أنها كفارته؛ له أن يسترجع من الباقين الذين لم يتمم لهم، وهذا لأن الإجزاء تعلق بمن يغنيه منهم، فإذا عين ستين منهم لم يتعلق الإجزاء بالباقين ذكره في «الشامل» وهو الصحيح عندي. واعلم أن فيما نقله المزني إشكالاً وذلك أنه قال: لأنهما كفارتان مختلفتان؛ يعني كفارة الظهار، وكفارة اليمين. وهذا يوهم أنه لو أعطاه مدين عن يمينين لا يجوز، وبالإجماع يجيز، وإن له هذا الإشكال أن يقال

معنى قوله كفارتان مختلفتان؛ أنهما يسلم كفارة واحدة، ولم يرد أن يشترط تباين صفة الكفارتين.

مسألة: قال: «ولا يجوزُ أَنْ يكفرَ إلَا كفارةً كاملةً مِنْ أيِّ الكفاراتِ كفرَ».

معناه أنه لا يجوز أن ينقض الكفارة فيصوم ثلاثين يوماً ويطعم ثلاثين مسكيناً لأن الله تعالى رتب هذه الكفارة، وفي هذا إثبات التخير، وفي اليمين لا يجوز أن يطعم خمسة، ويكسو خمسةً لأن الله تعالى أثبت التخير على وجهٍ وهذا إثبات تجير زائد، وهكذا لا يجوز [١٧٠/أ] أن يعتق نصف عبد ويصوم شهراً، ووافقنا أبو حنيفة في كل هذا إلا في كفارة اليمين فإنه قال: يجوز كسوة خمسة وإطعام خمسة.

فرع

لو بعض في جزاء الصيد فأدى ثلث شاه، وأطعم قدر ثلث شاه وصام بالباقي منها هل يجوز؟ قال القفال: فيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز، والثاني: يجوز لأنه قد يجب الثلث منه ابتداءً دون الكل خلاف الكفارة، وهذا أقيس عندي وأشبه بالمذهب.

فرع آخر

لو دفع الكفارة بالإطعام إلى الأمام فتلف في يد الإمام قبل تفريقها على المساكين، هل يسقط الفرض قال والدي ـ رحمه الله ـ: عندي أنه لا يسقط الفرض بخلاف الزكاة الواجبة لأنها إلى الأمام دون الكفارة، ويحتمل سقوط الفرض، وإن لم يكن إلى الأمام كزكاة الأموال الباطنة وهو الأظهر عندي.

مسألة: قال: «وكلُّ الكفاراتِ مدٌ بمدِ النبيِّ ﷺ»[١].

الفصل

قصد به الرد على أبي حنيفة وقد ذكرنا مذهبه أنه اعتبر صاع الرسول ﷺ ومده. واحتج الشافعي عليه هاهنا فقال: سنة نبيه ﷺ يدل على أنه بمده فكيف يكون بمدين لم يوفِ عهده أو مد أحدث من عد ثم قال: وإنما قلت: مداً لكل مسكين لحديث النبي ﷺ في المكفر في رمضان، وقصد به الرد علي أبي حنيفة، وقد ذكرنا مذهبه، وفي خبر الأعرابي: المجامع في رمضان أنه أعطاه عرماً فيه تمر قال سفيان: أتي يمينه وهو ستون مداً وكان قد أعلم أن عليه إطعام ستين مسكيناً فيكون لكل واحد مد.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٠/ ٥٢٢).

فإن قيل: أليس أمر رسول الله ﷺ يفرق من طعام لستة مساكين في فدية الأذى فيحصل لكل مسكين مدان، قيل: قال الشافعي: الكفارة بالكفارة أشبه في القياس [١٧٠/ب] وهذا منه قياس مختلف فيه على مختلف فيه. أما الفرع فالظهار، وأما الأصل فكفارة الجماع في رمضان، ولكنه وجد في كفارة الجماع نصاً ورد في المقدار فقاس فرعاً لا أصل فيه على أصل منصوص عليه، وإن كان في ذلك الأصل خلاف ثم رجع الشافعي إلى مسألة الصاع فقال: وقال بعض الناس: يعني أبا حنيفة المد رطلان بالحجاجي وقد احتججنا فيه مع أن الأثار على ما قلنا، وأمر الناس بدار الهجرة وما ينبغي لأحد أن يكون أعلم بها من أهل المدينة ثم ذكر مذهبه أنه قال: لو أعطى الكل إلى مسكين واحد أجزأه.

واحتج الشافعي عليه فقال: لئن أجزأه في كل يوم وهو واحد يجزه في مقام واحد وبعضهم لا يسلم هذا الأصل وهو غير مشهور. واحتج أيضاً بأن الله تعالى شرط في الشهادة العدد والعدالة، ولا يجوز الإقلال بالعدد هناك حتى لو شهد اليوم ثم أعاد شهادته غداً لا تكون شهادة عدلين فكذلك هاهنا؛ وجب أن لا يجوز الإقلال بالعدد ثم ذكر مذهبه أنه قال: لا يجوز أن يعرف الإطعام إلى الحربي ويجوز إلى الذمي، واحتج عليه بالحربي وقال: فإن أجزأه غير المسلمين، وقد أوصى الله تعالى الأسير فلم يجزء أسير المسلمين الحربي، وأراد بأسير المسلمين أسير كافر يكون في يد المسلمة والمستأمنون إليهم وهذا مما ارتكبه المتأخرون منهم.

وقالوا: يجوز دفع الكفارة إلى المستأمن والأسير وفي هذا إشارة إلى الترجح وهو أنه إذا لم يجز صرفها إلى الأسير مع وصية الله تعالى بالإحسان إليه فلأن لا نجوز صرفه إلى الذمي أولى. ثم ذكر مذهبه في. . . . . واحتج عليه بأنه يحلف ذلك بالصبيان والمرضي والأقرباء، ثم ذكر مذهبه أنه جوز فيه الطعام، واحتج عليه بأنه لو تصدق بقيمة الرقبة طعاماً لا يقوم مقام العتق ثم قال: فإن أجازه فقد أجاز الإطعام [١٧١/أ] مع القدرة على العتق وهم لا يمنعون هذا الإلزام ويعتدون بأن القصد من العتق تكميل الشخص لا تمليك المال ولا يوجد ذلك في قيمة الرقبة، وإن كانت طعاماً فلهذا لا يجوز. وهاهنا المقصود سد الحلة ويحصل ذلك بالقيمة ثم ألزمهم على أصلهم إحالة الصوم مع الطاقة إلى الصدقة لأن التبديل والتقويم إذا جاز في البعض يجب أن يجوز في الجميع فلما لم يجز ذلك بالإجماع كذلك هاهنا.

كتاب اللعان[1]

مسألة: قال: «قالَ اللهُ تعالىٰ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦]. ثم قالَ: فكانَ بيناً فِي كتابِ الله تعالىٰ أنهُ أخرجَ الزوجُ من قذفِ المرأةِ باللعانِ، كما أخرجَ قاذفُ المحصنةِ غيرُ الزوجةِ بأربعةِ شهداءِ».

الفصل

اللعان في اللغة مأخوذ من اللعن وهو الإبعاد والطرد فقال: لعن الله فلاناً أي أبعده وطرده والتعن الرجل إذا لعن نفسه ولاعن إذا لاعن زوجته، ورجل لعنته بفتح العين إذا كان يلعن الناس ولعنه بسكون العين إذا لعنه الناس واللعان والملاعنة لا تكون من اثنين، وإنما سمى هذا الحلم لاعناً لأنه لا ينفك عند العمل به من طرد وإبعاد لأن أحدهما كاذب، وإن لم يتعين منهما والكاذب يستحق البعد من الله تعالى وقد قال ﷺ: «اتقوا الملاعن»[2] أي اتقوا الطرفات والعقود عليها للمحدث سميت ملاعن للعن المارة من قعد عليها واحدث فيها، وقيل: سمي فيه لعاناً لما فيه من لعن الزوج نفسه في الكلمة الخامسة.

والأصل في اللعان الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب. فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] إلى أخر الآيتين. [١٧١/ب] فذكر الله تعالى اللعان ووصفه بأحسن بيان وأتم فائدة. وأما السنة فما روى سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه أن عويمر بن أشقر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقبلونه أم كيف يفعل سل لي ياعاصم رسول الله ﷺ عن ذلك فسأل عاصم رسول الله رسول الله ﷺ فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ فقال عاصم: لم تأتِ بخير قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها فقال عويمر: ولله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وهو

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٣).

(٢) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب المواضع التي نهى النبي عن البول فيها (٢٦)، وابن ماجه في الطهارة وسننها، باب النهي عن الخلاء على قارعة الطريق (٣٢٨) وأحمد في «مسنده» (٢٧١٠).

وسط الناس فقال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقبلونه أم كيف يصنع؟ فقال النبي ﷺ: قد انزل فيك وفي صاحبتك فإذهب فأت بها قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً فطلقها عويمر ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ[١].

قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين وقوله كره رسول الله ﷺ المسائل وعابها يريد المسألة عما لا حاجة بالسائل إليه دون ما به إليه به حاجة ولكن عاصم يسأل لغيره لا لنفسه فأظهر رسول الله ﷺ الكراهة وفي ذلك إيثار لستر العورات، وأيضاً روي عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما [١٧٢/أ] إن هلال ابن أمية قذف امرأته شريك بن سمحاء فقال له النبي ﷺ: البينة أو حد في ظهرك فقال: يارسول الله إذا رأى أحدنا رجلاً على امرأته يلتمس البينة فجعل النبي ﷺ يقول البينة وإلا حد في ظهرك فقال هلال: والذي بعثك بالحق أني لصادق وليقولن الله عز وجل في أمري ما يبرأ ظهري من الحد فنزلت ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾. فانصرف النبي ﷺ فأرسل إليهما فجاء فقام هلال بن أمية فشهد والنبي ﷺ يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب ثم قامت المرأة فشهدت فلما كان عند الخامسة إن غضب الله عليها إن كان من العادتين قالوا: إنها موجبة فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها سترجع ثم قالت: لا أفضح قومي سائز اليوم فقال النبي ﷺ: ابصروها فإن جاءت به أكحل العينين سائغ الإلتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء، فجاءت به كذلك فقال النبي ﷺ: لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن[٢] وروي ولولا الإيمان لكان لي ولها شأن وروي أن ابن أبي عباس رضي الله عنهما قال فيه: ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعي الأب ولا يرمي ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضي أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفي عنها[٣].

وقال عكرمة: فكان هذا الولد بعد ذلك أميراً على مصر وهو لا يدعى لأب[٤] وروي

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث (٥٢٥٩)، ومسلم في اللعان، (١٤٩٢) والنسائي في الطلاق، باب الرخصة في ذلك (٣٤٠٢).

(٢) أخرجه البخاري في تفسير القرآن، باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله (٤٧٤٧) والترمذي في تفسير القرآن عن رسول الله، باب ومن سورة النور (٣١٧٩) وأبو داود في الطلاق، باب في اللعان (٢٢٥٤) وابن ماجه في الطلاق، باب اللعان (٢٠٦٧).

(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في اللعان (٢٢٥٦) وأحمد في «مسنده» (٢١٣٢).

(٤) وهو تتمة الحديث السابق.

فيه أن النبي ﷺ قال: قفوة عند الخامسة فإنها موجبة فحلف ثم ذكر لعانها ووقفها عند الخامسة وروى أبو الزناد [١٧٢/ب] عن القاسم بن محمد عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته وكانت حاملاً وكان الذي رميت به ابن السمحاء وكذلك رواه الواقدي وغيرهما. روي أن هلال قذف امرأته بشريك.... قال الإمام البيهقي: ما رواه أبو الزناد والواقدي احفظ والله اعلم.

وقال أبو حامد: نقل المزني رمي العجلاني امرأته بشريك وهو غلط من الناقل أو من المزني بل هلال بن أمية قذف بشريك دون العجلاني وحكاه الشافعي هكذا في أحكام القرآن وهكذا رواه البخاري في «الصحيح» ولم يسم العجلاني والمزني به وروي في خبر هلال أن جاءت به أصيهب أريضح أهيج خمس الساقين سائغ الأليتين فهو لهلال، وإن جاءت به أورق جعدا حمالياً خدلج الساقين سائغ الإليتين فهو الذي رميت به. وروى سهل بن سعد فإن جاءت به أدعج العينين عظيم الإليتين فلا أراه إلا قد صدق وقد جاز به إحمير كأنه وجزه فلا أراه إلا كاذباً.

وفي هذه الأخبار التي ذكرناها فوائد منها؛ أن الزوج إذا قذف امرأته برجل بعينه ثم تلاعنا سقط عنه حق المزني به لأن النبي ﷺ قال لهلال: البينة أوحد في ظهرك فلما تلاعنا لم يعرض لهلال بالحد، ولم يرد أن شريكاً عفا عنه ومنها أنه إذا قذف زوجته ولم يأت بالبينة ولم يلاعن يلزمه الحد لأنه قال: البينة والحد في ظهرك ومنها أن اللعان لا يتم إلا باستيفاء عدد الخمس خلافاً لأبي حنيفة لأنه قال: عند الخامسة إنها موجبة ومنها أن البينتين إذا تعارضتا سقطتا لأنه قال: الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل من تائب؟ ومنها أن الإمام يحكم بالظاهر، وإن كانت شبهة تعترض وأمور تدل على خلافة ألا ترى أنه لو قال: لولا ما مضي من كتاب الله لكان لي ولها شأن [١٧٣/أ] ومنها أن اللعان فسخ لا طلاق خلافاً لأبي حنيفة ومنها أنه لا سكني لها ولا نفقة في عدتها ومنها أنه من رمي الملاعنة أو ولدها يلزمه الحد خلافاً لأبي حنيفة إذا كان هناك ولد نفاه. ومنهه أنه لا يجوز الاستدلال بالشبه وهو في القيافه ولم يعمل به هاهنا لتقديم النص وهو اللعان على الاستدلال ومنها أن مع جواز الاستدلال به لا يحكم به إذا كان هناك ما هو أقوي منه في الدلالة على صدر موجبه ومنها أن المتحلية بالنعوت المغيبة إذا أريد بها التعريف لم تكن غيبة يأثم به قائلها ومنها أن إيقاع الطلقات الثلاث مباح لأن عويمر طلقها ثلاثاً ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ. والأصيهب تصغير الأصهب وهو الذي تعلوه صهبة وهي كالشقر. والأريضح تصغير الأرضخ وهو الخفيف الآليتين أبدلت السنين منه صاداً، وقد يكون أيضاً تصغير الأرضع أبدلت عينه خاءً قال الأصمعي: الأرضع الأرضخ، والأصيح تصغير الأصح، وهو الثاني الشبح والشبيح ما

بين الكاهل وبسط الظهر، وقيل: هو الذي في ظهره كتلة، وقيل: لحمة ناتية بين الكتفين والحمش الدقيق الساقين.

والأورق الذي لونه بين السواد والغبرة، وقال ابن الأعرابي: الأورق من كل شيء الذي يضرب لونه إلى السواد؛ إلا الإنسان فإن الأورق الأسمر من بني آدم. وقوله: جعداً من جعودة الشعر، والجمالي العظيم الخلق شبه خلقه بخلق الجمل قال: ناقة جمالية إذا شبه بالفحل من الإبل في عظم الخلق، وقيل: الجمالي بفتح الجيم وهو من الجمال، والأول أشهر وسابع الآليتين بأنهما، والخدلج العظيم الساقين غليظهما، وأما الأديعج قال الأزهري: شدة سواد العين واللون [١٧٣/ب] والوحرة دويبة وجمعها وحر، ومنه قيل: فلان وحر الصدر إذا دبت العداوة في قلبه كدبيب الوحر، وقيل الوحرة من حشرات الأرض تشبه الحرباء حمراء كالعصابة. وقيل الوحرة الوزغة. وروي في الخبر: إن جاءت به أسحم، أدعج، والأسحم الأسمر.

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه فإذا تقرر هذا ذهب أكثر أصحابنا إلى أن قصة العجلاني أسبق. ومن أصحابنا من قال: قصة بلال أسبق وهو الأظهر في الإخبار، وما روي في قصة العجلاني أن الله تعالى قد أنزل فيك وفي صاحبك يعني فأنزل في قصة هلال لأن ذلك حكم في جميع الناس، ثم اعلم أن الرجل الأجنبي إذا قذف أجنياً أو أجنبية فقد فسق بالقذف، ووجب الحد عليه وله أن يسقط ذلك عن نفسه بالبينة بأن يجرح شهوده. وإن كان المقذوف امرأة يمكن أن تقيم البينة على عذرتها، فإذا فعلت ذلك سقط الحد عنها. فإن قذف امرأته فقد فسق ووجب عليه الحد، وله أن يسقط ذلك عن نفسه بأحد طريقين. إما بالبينة أو باللعان فأيهما اختار كان له، وليس من شرط صحة اللعان عجزه عن إقامة البينة، فإذا فعله وجب الحد عليها وكان لها أن تسقطه بإقامة البينة على جرح الشهود أو عذرتها إن كان الزوج أقام علها البينة، وإن كان الزوج لاعن كان لها أن تلاعن وتدرأ الحد عن نفسها.

والفرق بين الأجنبي إذا قذف لم يكن له الخروج من قذفه إلا بالبينة، وبين الزوج إذا قذف زوجته له الخروج بالبينة أو اللعان جميعاً، وإن الأجنبي لا يحتاج إلى القذف واللعان فإنه لا ضرر عله في زنا الأجنبي وهو مندوب إلى الستر عليه، [١٧٤/أ] فإذا أظهر ذلك وقذف غلظ عليه ولم يحصل له الخروج إلا بالبينة، وأما الزوج فعليه ضرر في زنا زوجته لما يلحقه من النسب الفاسد والمعرة فهو محتاج إلى قذفها وإظهار زناها، فإذا فعل ذلك خفف عليه بأن جعل له الخروج بالبينة أو اللعان، فإذا تقرر هذا رجعنا إلى ما قال الشافعي ومقصده بيان أن الواجب بقذف الزوجة الحد ولكن المخلص منه اللعان كما أن الواجب بقذف الأجنبية الحد والمخلص منه بالشهود، وإذا نكل الزوج عن اللعان يلزمه حد القذف،

وإذا لاعن ونكلت عن اللعان يلزمها حد الزنا وهذا لأن الله تعالى في أول سورة: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] يعني غير الزوجات، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، ثم عطف عليه حكم الأزواج فقال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦]، فأخرج الزوج باللعان عما أخرج عنه الأجنبي الشهود، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: إذا قذف زوجته يجب عليه اللعان دون الحد، فإن لاعن وإلا حبس حتى يلاعن، فإن لاعن وجب على المرأة اللعان دون الحد، فإن لاعنت وإلا حبست حتى تلاعن. وقال أحمد: إذا لم يلاعن الزوج حد، وإذا لاعن؛ لا يجب الحد على المرأة وهل تحبس المرأة؟ روايتان؛ واحتج بأن لعان الزوج لعان أحد الزوجين فلا يجب به الحد على الآخر أصله لعان الزوجة؛ وهذا غلط لأن الله تعالى قال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ﴾. ولم يفرق بين الزوج وغيره، وإنما حض الأزواج بعد ذلك أن أقام لعانه مقام الشهادة على ما ذكرنا ثم قال: ويدرأ عنها العذاب، أي الحد أن تشهد أربع شهادات فدل على أنه وجب الحد عليها للعانه [١٧٤/ب] وإنما تسقطه لعانها للضرورة. وأما ما ذكره لا يصح لأن لعانها على سبيل المعارضة وقد تقدم لعان الزوج فلا يوجب الحد على الزوجة بخلاف لعانه.

فرع

لو لاعن الزوج ولاعنت هل يرتفع فسقه؟ قال في «الحاوي»: يحتمل وجهين؛ أحدهما: يرتفع لأن اللعان كالبينة في حقه لسقوط حده، والثاني: لا يرتفع لأن لعانها معارض للعانه ومانع من وجوب حدها به.

مسألة: قال: «وفي ذلكَ دلالةٌ علىٰ أنْ ليسَ للزوجِ أنْ يلتعنَ حتىٰ تطلبَ المقذوفةُ حدَها»[١].

الفصل

جملته أنه إذا قذف زوجته ولم يكن له بينة تشهد بالزنا فله أن يلتعن عن الطلب بلا خلاف وفيه نزلت الآية. وإن كان له بينة تشهد بالزنا فله اللعان أيضاً وبه قال كافة العلماء، وقال بعض التابعين: لا يجوز أن يلاعن مع وجود البينة، وهذا غلط؛ لأن اللعان يفيد ما لا تفيد البينة من رفع الفراش ونفي النسب وهو محتاج إلى هذا. فإذا تقرر هذا فإن طالبت بالحد وهي حرة محصنة، أو طالبت بالتعزيز وهي أمة أو كتابية فله أن يلاعن لإسقاطه. وإن

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٩).

لم تطالب هي وهناك بنسب الولد له أن يلاعن لنفيه، وإن لم يكن ينسب فالمذهب أنه لا يلاعن حتى تطالبه. وقال أبو إسحاق: له أن يلاعن لتبرئة ذمته وهذا غلط؛ لأن اللعان يراد لإسقاط الحد المطلوب، أو لنفي النسب، وليس هاهنا واحد منهما. والفراش يمكنه رفعه بالطلاق فلا حاجة إلى اللعان لأجله.

فصل

عندنا حد القذف حد الآدمي يورث عنه ويدخل فيه العفو، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: هو باستيفائه، وإن الحاكم يحكم فيه بعلمه بخلاف حد الله تعالى. وقال مالك: [١٧٥/أ] هو مشترك بين حق الله تعالى وحق الآدمي، فإن سمعه الإمام وشاهدان؛ يجب حد القذف من غير مطالبة. وإن سمعه الإمام وحده لم يجب إلا بالمطالبة ويجوز العفو عنه قبل الترافع إلى الإمام ولا يجوز بعد المرافعة. وروي عن أبي يوسف أنه مشترك لا يجب إلا بالمطالبة ويسقط العفو وهذا غلط لأنه عقوبة لا تستوفى إلا بالمطالبة بها فكانت عقوبة الآدمي كالقصاص، فإن قيل: أليس لو قال: اقذفني فقذفه لا يسقط حد القذف، ولو قال: اقتلني فقتله يسقط القصاص؛ قلنا: المذهب أنه يسقط حد القذف أيضاً ولا نص فيه. وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يسقط والفرق بينهما أن القتل يستباح بسبب فيحتمل أن يكون الأمر بقتل نفسه لإباحة الدم بالزنا ونحوه فلم يجب به القصاص على المأمور، وأما القذف لا يستباح بحال وأنه إن كان زانياً لا يباح قذفه فلا يتأثر الأمر فيه.

مسألة: قال: «ولمَا لَمْ يخصَ اللهُ تعالىٰ أحداً من الأزواجِ دونَ غيرهِ ولمْ يدلَ علىٰ ذلكَ سنةٌ ولا اجماعٌ كانَ علىٰ كلِّ زوجٍ يصحُ طلاقهُ»[١].

يصحُ اللعانُ مِنَ كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو الزوج مسلماً والمرأة كافرة أو الزوج كافراً والمرأة مسلمة أو محدودين في القذف أو غير محدودين أو حرين أو رقيقين أو أحدهما رقيقاً والآخر حراً. وبه قال سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والحسن، وربيعة، ومالك، والليث، والثوري، وأحمد، وإسحق، وقال أبو حنيفة: لا يصح اللعان إلا بين زوجين هما من أهل الشهادة ولا يجوز بين الكافرين ولا بين الكافرة والمسلم، ولا بين العبدين، ولا بين العبد والحرة، ولا بين المحدودين في القذف أو أحدهما وبه قال الزهري، وحماد، والأوزاعي وروي هذا عن أحمد أيضاً [١٧٥/ب] واحتجوا بأن اللعان شهادة لأن الله تعالى استثناه من الشهادة بقوله سبحانه: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور: ٦]، وأنه يفتقر إلى لفظ الشهادة فلا يصح إلا ممن هو

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ١٢).

من أهل الشهادة وأيضاً روي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: أربع من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهوديه تحت المسلم والمملوكة التي تحت الحر والحرة تحت المملوك[١] وروي «لا لعان بين أهل الإسلام و أهل الكفر ولا لعان بين العبد وامرأته»[٢] وهذا غلط؛ لعموم الآية ولأن من صح طلاقه صح لعانه كالحر المسلم ويؤكده أن اللعان خص بالأزواج للضرورة والضرورة قائمة في حق جميعهم، وأما ماذكروه لا يصح لأن اللعان يمين لا شهادة أو المغلب فيه اليمين لأنه يشترط فيه ذكر اسم الله تعالى ويستوفى فيه الذكر والأنثى ويصح من الفاسق المعلن بفسقه والأعمى واليمين سمي شهادة قال الله تعالى: ﴿قَالُوا۟ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾ [المنافقون: ١]، أي: نحلف، وأما الافتقار إلى لفظ الشهادة اختلف أصحابنا فيه على وجهين؛ أحدهما: لا يفتقر إليه. ولو قال: احلف بالله أو أقسم جاز. والثاني: أنه يفتقر إليه ولا يمنع هذا كونه يميناً لأن اليمين تغلط بلفظ الشهادة كما تغلظ بسائر الألفاظ، وأما الخبر لا أصل له. قال الشافعي والساجي: لم يذكره أحد من أهل الحديث، وقال الإمام أحمد البيهقي: مداده على عطاء الخراساني، وعثمان الوقاصي، وعمر بن هارون، ويحيي بن. . . . وكلهم ضعفاء. واعلم أن الشافعي علل هاهنا فقال: كل زوج جاز طلاقه ولزمه الفرض جاز لعانه، ولم يرد تركيب الغلة منهما جميعاً بل أراد التنبيه على أن كل [١٧٦/أ] وصف من هذين الوصفين علة مستقلة بنفسها، ألا ترى أنه قال في جانب الزوجة وكذلك كل زوجة يلزمها الفرض ثم قال: وتختلف الحدود لمن وقعت له يعني المقذوفة وعليه يعني القاذف وأراد به أنه يختلف الحدود في باب اللعان في أنه لم يلاعن ينصف حد القذف عليه. . . . وإن لاعن ولم يلاعن اختلف حرها ببكارتها، ورقها وإحصانها وقيل معناه لا يجب الحد مع كفر المقذوفة أو رقها أو صغرها أو جنونها لأن الإحصان شرط ولا يكمل الحد على القاذف مع رقه، فإن قيل: إنما يتصور ذلك في مشركين بينهما نكاح فأسلمت المرأة بعد الدخول بها فقذفها الزوج قبل انقضاء عدتها.

مسألة: قال: «وسواءٌ قالَ: زنتْ أو رأيتُهَا تزني، أو يا زانيةُ»[٣].

إذا قذف زوجته له أن يلاعن سواء قال: يا زانية، أو زنيت، أو رأيتك تزنين، وقال مالك في إحدى الروايتين عنه: لا يلاعن إلا أن يقذفها بمشاهدة الزنا فيقول: رأيتها تزني ولا ينفي الولد عنه إلاأن يدعي استبراءها منه وهذا غلط لظاهر الآية ولم يفصل. ولأنه معنى

(١) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب اللعان (٢٠٧١).
(٢) لم أجده.
(٣) انظر الحاوي الكبير (١٦/١١).

يتخلص به الزوج عن موجب قذفه فلا يحتاج إلى تقييد القذف بالمشاهدة كالبينة، واحتج بأن الآية وردت في هلال، وقال في القذف رأيت بعيني وشهدت بسمعي، وقال العجلاني: رأيت عليها شريك بن سحما قلنا: هذا شيء ذكره ولا يدل على أنه شرط والحكم لعموم الآية لا لخصوص السبب.

فإذا تقرر هذا فالكلام الآن فيمن له القذف أو عليه ذلك، وجملته أنه لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن تكون حاملاً أو حائلاً، فإن كانت حاملاً فلها حالتان: حالة يحل قذفها ولعانها وهي أن يراها تزني أو يخبره ثقة بذلك [١٧٦/ب] أو يستفيض في الناس أن فلاناً يفجر بها ويشاهده عندنا ولكنه لم يره على الزنا بها فيحل له قذفها ولعانها لأن هذا يوجب غلبة الظن كما يوجب خبر من يثق به عن مشاهدته وله أن يتغافل عن ذلك وحاله لا يحل له قذفها، ولعانها وهي أن تعدم المشاهدة، والخبر على ما بيناه ليحرم عليه قذفها وإن كان استفضاض الخبر بأنهما يجتمعان على فجور، ولم يكن رآهما مجتمعين لأنه يجوز أن يستفيض الخبر عن واحد عدو لها كذب عليها، أو عدو له كذب عليه، هكذا ذكره أبو حامد.

وقال بعض أصحابنا: إذا استفاض زناها في الناس ولا يرى مع الاستفاضة رجلاً يدخل عليها؛ هل يجوز قذفها ولعانها؟ وجهان؛ أحدهما ما ذكرنا، والثاني: يجوز قذفها ولعانها لأن الاستفاضة أقوى عن خبر الواحد، وإن كان ثقة، ولأن الاستفاضة لوث في القسامة. وإن كانت حاملاً فلها ثلاثة أحوال؛ حالة يجب عليه قذفها ولا يحل له تركه؛ وهي: أن يراها على الزنا ولم يجامعها بعد طهرها عن الحيض، فظهر بها حمل فالظاهر أن هذا الولد من غيره فلا يجوز له أن يسكت لئلا يلحقه نسب ليس منه ولا يجوز أن ينفي نسباً هو منه في الظاهر وهذا كقوله ﷺ: أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولم يدخلها الله عز وجل جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين[١]. وحاله لا يجوز له قذفها ولا نفي ولدها وهي أن تأتي بولد يشك فيه أو لا يشك فيه ولكنه شبيهاً بمن يتهمها به أو تأتي بولد لا يشبه الأبوين مثل أن تأتي بولد أسود وهما أبيضان، أو تأتي بولد أبيض وهما أسودان ولم يعرف لها زناً [١٧٧/أ] ولا فجوراً فيها وجهان؛ أحدهما: لا يجوز له القذف واللعان وهو اختيار القاضي الطبري لأنه لا يجوز أن يكون في أبائه وأمهاته هذه الصورة فأشبه لأن العرق ينزع والدليل على هذا ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن إعرابياً جاء إلى

---

(١) أخرجه النسائي في الطلاق باب التغليظ في الانتفاء من الولد (٣٤٨١) وأبو داود في الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء (٢٢٦٣) والدارمي في النكاح، باب من جحد ولده وهو يعرفه (٢٢٣٨).

رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله؛ إن امرأتي ولدت غلاماً أسود فقال له النبي ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حمر، قال: هل فيها من أورق؟ قال: نعم إن فيها الورقاء قال: فأنى تسرى ذلك قال: لعل عرقاً نزعه فقال النبي ﷺ: فلعل هذا نزعه عرق[1].

والثاني: يجوز له القذف واللعان لأن الظاهر أنه ليس منه، والشبه يحكم به في الإنسان في الشريعة فجاز له نفيه لأجله وهذا أقرب في المذهب، ولهذا قال ﷺ في خبر هلال أن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك بن سحماء. ولو قال: بلغني أنها زنت، أو أخبرت بذلك ولم يقطع بأنها زانية، لم يكن قذفاً حتى يقطع، ذكره أبو إسحاق وقال في «الحاوي»: الحامل خمسة؛ أحدها يجب أن يلتعن فيها بغير قذف، وهو أن تأتي بولد ولم يدخل بها يجب أن يلاعن لينفي ولداً يعلم قطعاً أنه ليس منه يكون محرماً لبناته، ولا يجوز أن يقذف لأنه يجوز أن يكون من زوج قبله أو أكربت على نفسها، والثاني: يجب ملاعنتها ولكن بعد القذف؛ بأن يكون أصابها واستبرأها ووجد معها رجلاً يزني بها ثم أتت تحمل لا يجوز أن يلاعن إلا أن يقذف فيصير القذف لوجوب اللعان الذي لا يصح إلا به واجباً عليه. ولولا الحمل ما وجب عليه.

والثالث: يكون مخيراً بين أن يلاعنها أو يمسك وهو أن يطأها ولا يستبرئها، ويرى رجلاً يزني بها فيكون مخيراً بين اللعان بعد القذف وبين الإمساك فأما نفي الولد [١٧٧/ ب]، فإن غلب على ظنه أنه ليس منه جاز نفيه، وإن غلب على ظنه أنه منه لم يجز نفيه، وإن لم يغلب على ظنه أحد الأمرين جاز أن يغلب في نفيه حكم الشبه لأجل ما شاهد من الزنا.

والرابع: لا يجوز له قذفها ولا نفي ولدها وهو أن يكون على إصابتها ولا يراها تزني ولا يخبر عنها الزنا، ولا يرى في ولدها شبهاً منكراً، والخامس: أن تأتي ولد أسود من بين أبيضين ولا يراها تزني، ولا يخبر بزناها فيه وجهان؛ على ما ذكرنا. واختار ما اختار القاضي الطبري.

فرع

لو كانت امرأته تولد وكان يعزل عنها إذا وطئها لم يجز له نفيه لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله إنا نصيب السبايا ونحب الأثمان العزل

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد (٥٣٠٥). ومسلم في اللعان، (١٥٠٠) وأبو داود في الطلاق، باب إذا شك في الولد (٢٢٦٠).

عنهن، فقال: إن الله تعالى إذا قضى بسن خلقها ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به، وإن أت بولد وكان يجامعها دون الفرج فيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز له النفي لأنه قد يسبق الماء إلى الفرج فتعلق به، والثاني: له نفيه لأنه موضع لا ينتفي منه الولد.

مسألة: قال: «ولو جاءتْ بحملٍ وزوجهَا صبيُ دونَ عشرِ سنينَ؛ لا يلزمَه الولدُ»[1].

قال الشافعي: لأن العلم يحيط أنه لا يولد لمثله، يريد به أن العادة جارية بأن مثله لا يكون منه نزول الماء فإذا كان كذلك كان منفياً عنه بلا لعان، وإن كان له عشر سنين فأكثر يلحق به حتى يبلغ فينفيه باللعان [١٧٨/أ] لأنه يمكن أن يولد منه والنسب يلحق الإمكان، وإن كان بخلاف الظاهر. ألا ترى أنه لو تزوج فأتت امرأته بولد لوقت يمكن أن يكون منه الحقنة، وإن كان الظاهر أن عدتها قد انقضت وأن الولد من غيره. وحكي أن عمرو بن العاص ولد له ابنه عبد الله وهو ابن عشر سنين، وحكي أن لعبد الله بن عمرو كان نافلة وهو ابن اثنين وعشرين سنة، وعند أبي حنيفة أولى للزمان الذي يحلم فيه الغلمان اثنا عشرة سنة، وعندنا عشر سنين.

فإن قيل: إذا ألحقتم به النسب وجب أن يحكموا ببلوغه لأن إلحاق الولد به يقتضي الإنزال، والإنزال بلوغ، قيل: نحن نلحق النسب بالإمكان ولا نجعله بالغاً بالإمكان فلهذا ألحقناه ومنعنا من نفيه حتى يقر بالأقلام أو يستكمل خمسة عشر سنة، وإن ادعى بلوغاً بالاحتلام واتهم الحاكم بأنه كاذب؛ يريد أن يحلف قبل بلوغه حتى لا يأثم باليمين الكاذبة بعدما بلغ فإنه يحتاط في أنه بالتأخير ولا نحلفه أنه بالغ إذ لا معنى لتحلبف من يظن أنه صبي، فإن يمعن الصبي لا حلم له، وعلى هذا إن مات قبل أن ينفيه؛ استقر نسبه ولا يجوز للورثة نفيه وورثه حقه من الميراث. وقول الشافعي: فإن مات فهو ولده فقبل الموت هو ولده إذ عليه نفقته غير أنه على معنى التوقف حتى يبلغ ولاعن نفيناه عنه، ولا نقول هو ولده على الإطلاق.

وقال أبو حامد وجماعة: يحتلم الغلام لتسع؛ كما تحيض المرأة لتسع. ويحمل كلام الشافعي على أنها حد للحوق الولد تقريباً، حتى لو جاءت امرأة الغلام بولد لتسع سنين وستة أشهر بعد التسع هي مدة أقل الحمل؛ يلحق به الولد، وهذا لأن المرأة والرجل لا يختلفان فيما به البلوغ كما لا يختلفان في البلوغ بالسن. وقال جماعة من أصحابنا: أقل زمان الاحتلام [١٧٨/ب] عشر سنين، وإن كان أقل زمان الحيض تسعاً لأن أقلها معتبر بالوجود ولم يوجد الاحتلام لأقل من عشر سنين، ووجد الحيض لتسع سنين. وهذا لأن دم

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ١٩).

الحيض يرخيه الرحم بعد اجتماعه لضعف الجسد عن إمساكه، ومني الاحتلام يخرج لقوة الجسد على دفعه فصار. . . سنة لزيادة القوة بها، وعلى هذا لو ولدت امرأته لأكثر من عشر سنين وأقل من ستة أشهر؛ لم يلحق به وهذا وإن لم يصرح به الشافعي فهو معلوم من أصل مذهبه فلذلك أطلقه. وهكذا ذكره القفال عن بعض أصحابنا.

وذكر بعض أصحابنا نصاً عن الشافعي أنه قال: إذا أتت به لعشر سنين؛ يلحق به ويحكم ببلوغه قبل ذلك بتسعة أشهر من وقت ما علقت به المرأة، ذكره المحاملي من أصحابنا، وهذا غلط لما ذكرنا من الفرق بين الحكم بالبلوغ، وإلحاق النسب. وذكر بعض أصحابنا أنه لا يعتبر ستة أشهر بعد العشر، فإذا أتت بولد وهو ابن عشر من غير زيادة؛ يلحق به، ويقدر نزول الماء قبل ذلك بمدة الإمكان، وهذا ظاهر النص وبه قال أكثر علماء خراسان. فإن قيل: هلا سمعتم لعانه في الحال لأنه إن لم يكن بالغاً فالولد منفي عنه، وإن كان بالغاً فقد انتفى عنه باللعان كما قلتم: أنه لا يحلف الصبي على دعواه البلوغ لأنه إن كان بالغاً لا حاجة بنا إلي يمينه، وإن لم يكن بالغاً لا يصح يمينه فسقطت؛ قيل: لا يجوز أن يبدي باليمين مع الشك في صحتها، فلهذا لا نحلفه ولا نأمره باللعان عند الشك في الصحة.

مسألة: قال: «ولو كانَ بالغاً مجبوباً كانَ لهُ إلَّا أَنْ ينفيهُ بلعانٍ لأنْ العلمَ لا يحيطُ أنهُ لا يحملُ لهُ»[1].

هكذا نقل المزني؛ وقال في «الأم»: إذا كان بالغاً مجبوباً كان له نفيه باللعان لا العلم يحيط أنه لا يولد لمثله. واختلف أصحابنا [١٧٩/أ] فيه فقال أبو إسحاق: وهو اختيار أبي حامد: ما نقله المزني أراد إذا كان مجبوب الذكر دون الخصيتين، أو الخصيتين دون الذكر لأنه يحتمل إذا بقي أحدهما أن نزل، وهذا لأن إيلاج الذكر يجتلب المني من الظهر، وإن لم يكن له الأنثيين. وإذا لم يكن له ذكر فساحق فرج المرأة يجتذب الفرج الماء إذا نزل كما تحبل البكر هكذا. ولا يقبل فيه قول الأطباء أنه ترق مادته فلا يكون منه الولد. والذي قاله في «الأم» أراد به إذا كان ممسوحاً أيضاً على ما نقله المزني؛ لأنه يمكن مع ذلك نزول الماء وسقي. . . ولا يقبل قول أهل الظن في ذلك أنه لا يولد له؛ وهذا اختيار مشايخ خراسان، وجماعة من أهل العراق. ولا يصح ما نقل عن «الأم». وعندي ما تقدم أصح للعادة الجارية في ذلك، وقال القاضي أبو حامد في أصل الذكر: إذا قطع ثقبتين أحديهما مخرج البول، والأخرى مخرج المني فإن كان مخرج المني انسد والتحم لم يلحق به الولد

(١) انظر الحاوي الكبير (٢١/١١).

لاستحالة إنزاله، وإن كان مخرج المني باقياً كبقاء مخرج البول يلحق به الولد لجواز إنزاله؛ والنصان على هاتين الحالتين. ومن أصحابنا من قال: ما نقله المزني هو المجنون تصحف الناقل فيلحق به الولد لأنه كالعاقل في النسب، فلا يقال: لأن العلم لا يحيط أنه لا يحمل له أو يحمل له؛ وإنما يقال ذلك في المجبوب، ولأنه قال: إلا أن ينفيه بلعان، ولا يصح لعان المجنون.

مسألة: قال: «ولو قالَ: قذفتكِ وعقليَ ذاهبٌ، فهو قاذفٌ إلَّا أنْ يعلمُ أنْ ذلكَ يصيبهُ فيصدقُ».

صورة هذه المسألة: أنها ادعت أنه قذفها، وأقامت البينة فقال في جوابه: كان هذا مني وعقلي ذاهب، ولم يقل: قذفتها وعقلي ذاهب، فلا يخلو من أحد أمرين؛ [١٧٩/ب] إما أن يعترف له حال جنون أو لا يعترف، فإن لم يعترف له ذلك فالقول قول المقذوفة لأن الظاهر من أمر الناس الصحة والسلامة وثبات العقل وإن عرف أنه قذفها في حال إفاقته يلزم الحد، وإن أشكل فالقول قوله لأنه إذا أمكن أن يكون كل واحد منهما وتساوي الحالان في الإحتمال كان المرجع إلى قوله لأن الأصل براءة الذمة والحد يسقط بالشبهة وهذا هو المنصوص في كتبه وهذا الأصح. ومن أصحابنا من قال: فيه قول مخرج لا يقبل قوله في ذلك والقول قولها لأن الأصل الصحة والسلامة ووجوب الحد وهذا التجريح مما قال الشافعي: إذا كان ملفوفاً بنصفين ثم اختلف هو ووليه في حياته فيه قولان؛ أحدهما: القول قول. . . لأن الأصل براءة الذمة. والثاني: القول قول الولي لأن الأصل الحياة وقيل في المسألة قولان: على الإطلاق وهو غير صحيح، فإن قيل: إذا قطع لسان كبير أو يده وادعى الشلل فيه قلتم: القول قوله الجاني قولاً واحداً ولم نعتبر الصحة والسلامة في الأصل، قيل في القذف: الصحة والسلامة في الحال موجودة وفي العضو العضو لا تعرف السلامة ويحتمل أنه كان سليماً ويحتمل أنه كان أشل فكان القول قول الجاني لأن الأصل براءة الذمة.

فرع

لو قال: قذفته وأنا صبي وقال المقذوف: بل بالغ، قال أصحابنا: يجب أن يكون علي قولين لأن الصبي معلوم فهو بمنزلة من علم أنه كان يصيبه الجنون.

فرع آخر

لو ادعى أنه قذفها في النوم لا يقبل قوله إلا بينة عادلة قولاً واحداً. والفرق أن القذف من النائم بعيد والمجنون يقذف ويسب هو الغالب من حاله. [١٨٠/أ].

مسألة: قال: «ويلاعنُ الأخرسُ إذا كانَ يعقلُ بالإشارةِ»[1].

الأخرس على ضربين؛ أحدهما: أن لا تكون له إشارة معقولة ولا كناية مفهومة فلا يصح قذفه ولا لعانه ولا عقوده. والثاني: أن يكون له إشارة معقولة أو كناية مفهومة فإشارته تقوم مقام عبارته فيصح قذفه ولعانه كما تصح عقوده بها وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا يصح قذفه إلا بالصريح وإشارته كفاية ولا يصح لعانه لأنه كالشهادة ولا تصح شهادته وزاد على هذا وقال: لو كانت المرأة خرساء لا يصح لعان الناطق منها، ولو خرست بعد قذفه قبل اللعان لا يلاعن هو لأن الحكم لا يتم إلا بلعانها، فإذا تعذر لعانها سقط لعانه وهذا غلط لظاهر الآية، ولأن إقراره بالزنا والقصاص يصح فيصح قذفه ولعانه كالناطق. وأما قوله: إن إشارته كفاية لا نسلم لأنه يعلم الصريح منه بالإشارة كصريح الطلاق والعتق. ثم إذا لاعن الأخرس سقط عنه الحد ووجب الحد على امرأته، فإن كانت خرساء لاعنت أيضاً إذا كانت تعقل الإشارة. فإن كانت لا تعقل؛ لا تحد حتى ينطلق لسانها أو تتعلم الإشارة، وأما شهادته؛ قال بعض أصحابنا: تقبل شهادته وهو اختيار ابن سريج. وقال الجمهور وهو ظاهر المذهب: لا تقبل شهادته لأنه يقوم غيره مقامه فيها فلا حاجة إلى تجويزها منه. واللعان لا يجوز إلا من الزوج وبه ضرورة إلى نفي الولد كالناطق واللعان وضع للضرورة فافترقا.

فرع

لو نطق عد خرسه سئل عن إشارته بالقذف واللعان في خرسه، وفي هذا السؤال وجهان محتملان أحدهما أنه استظهار لا واج لنفوذ الحكم بإشارته على ظاهر الصحة، والثاني أنه واجب لأن في الإشارة احتمالاً يلزم الكشف عن حقيقته. [١٨٠/ب]

فرع آخر

إذا سئل فاعترف بالقذف واللعان استقر على ما كان، وإن أنكر القذف واللعان فهو كالناطق إذا رجع يقبل ما عليه دون ماله فلا يقبل في الفرقة وإباحة المرأة ونفي القذف ويقبل في وجوب الحد ولحوق النسب أنه لم يلاعن فيهما، فإن قال: أنا ألاعن الآن لهما يقبل، وينتفي الولد ويسقط الحد.

فرع آخر

لو أقر بالقذف وأنكر اللعان فقد جرى عليه حكم القذف وإن كان مقراً به. وأما اللعان

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٢٣).

فقد جرى عليه أحكامه ولكنه إذا أنكر وقال: ما لاعنت يعرض عليه اللعان، فإن أجاب كان لعاناً ثانياً بعد أول يتأكد به إحكام اللعان الأول، وإن لم يجب إليه صار كالمنكر للقذف واللعان، فيعود عليه من أحكامه ما له من الحد، ولحوق الولد تغليظاً عد التخفيف ولا يعود ما عليه من الفرقة، وتحريم التأبيد لأنه تخفيف. وأما قول الشافعي: قال بعض الناس: لا يلاعن الأخرس، أراد أبا حنيفة ثم ألزمه الطلاق والبيع، وقال: ناقض في هذا؛ ووجه المناقضة ظاهر، وذلك أنه ألحقه بالناطق في الطلاق والبيع، ولم يلحقه بالناطق في القذف واللعان.

مسألة: قال: «وأصمتتْ أمامةُ بنتُ أبي العاصِ فقيلَ لها: لفلانٍ كذَا أو لفلانٍ كذَا فأشارتْ أي نعمْ فرفعَ ذلكَ فرأيتُ أنها وضيئة.

إذا أصاب الرجل سكتة أو ثقل لسانه لعارض مرض، نقل المزني أن إشارته تقوم مقام عبارة. وقال في «الأم»: تربصنا به حتى يفيق أو يطول ذلك به فيشير إشارة تعقل أو تكتب كتابه يعقل فيصير كالأخرس واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: يرى رجلين طبيعيين من المسلمين، فإن قالا: إن ذلك يزول انتظر به، وإن قالا: لا يزول ذلك، لاعن بالإشارة كالأخرس. [١٨١/أ] وهو كما قلنا في العضوية إن كانت تزول لم يجز له الاستنابة، وأراد الشافعي بقوله: أو يطول، إنه لا يوحي زواله. وممن أصحابنا من قال: كلام الشافعي على ظاهره، وإن كان يطول، وإن قيل: يرجي زواله يلاعن أيضاً وهذ ا أصح، واختاره القاضي الطبري. ومن أصحابنا من قال: يلاعن في الحال للعجز عند المطالبة والاغتبار الحال لأنه ربما يموت قبل السلامة فيبطل حقه، والدليل عليه خبر أمامة بنت أبي العاص حفيدة رسول الله ﷺ. وقوله: أصمتت[1] أي: أصابتها سكتة اعتقل منها لسانها وذلك الداء يقال له: السكتات والصمتات فنفذت الصحابة إشارتها، وقوله في «الأم»: أو يطول أراد لسعود الإشارة فتأتي بها وجه الدليل أنه إذا قامت الإشارة مقام العبادة في الوصية فكذلك في اللعان والقذف.

مسألة: قال: «ولو كانتْ مغلوباً علىٰ عقلها فالتعن وقعتْ الفرقةُ ونفيَ الولدُ».

إذا قذف زوجته وهي عاقلة ثم جنت أو قذفها بعدما جنت بقذف مضاف إلى حال إفاقتها كان عليه الحد عنها، وإن قذفها بقذف في حال جنونها كان عليه العزيز، فإن أفاقت وطالبت بالحد أو التعزيز كان له إسقاطه باللعان، وإن لم تفق بل له أن يلاعن من غير

(١) ذكره ابن قدامة في «المغني» (٨/ ٤٣).

مطالبة ينظر فإن كان هناك نسب نفي حملاً كان أو ولداً كان له اللعان، وإن لم يكن هناك نسب بل له أن يلاعن لإسقاط الحد من غير مطالبة الحد المذهب أنه ليس له ذلك لأنه لا يخلو إما أن يلاعن لدرء الحد عن نفسه فليس هاهنا مطالب، ويلاعن لقطع الفراش فيمكنه دفعه بالطلاق [١٨١/ب] أو لاعن لا يجاب الحد عليها، ولا يمكن ذلك فلا وجه له. وقد ذكرنا عن أبي إسحاق أنه قال: يلاعن، وإن لم يطالب لأن الشافعي قال: ونفى الولد أن انتفى منه فدل على أنه يصح لعانه من دون انتفاء النسب، فقيل لأبي إسحاق في الدرس هذا ما قاله الشافعي في أول الباب، وفي ذلك دلالة على أن ليس للزوج أن يلتعن حتى تطلب المقذوفة حدها فقال: إنما قال الشافعي: ليس عليه، ولم يقبل لبس له.

واللعان إنما يجب عليه إذا طالبه بالحد، فأما قبل المطالبة فله ذلك ليسقط عن نفسه ما قد لزمه. وقال جماعة من أصحابنا: ما ذكره أبو إسحق ظاهر المذهب، وذكر هذا القائل أنه يجوز أن يلاعن لقطع الفراش المجرد. والشافعي أجاز هاهنا لقطع الفراش، وهذا لأن اللعان عند القذف حق الزوج احتاج إليه أو استغنى عنه. ومن قال بالأول أجاب عما قال أبو إسحاق بأن قوله: ونفي الولد انتفى منه؛ أراد به أنه إن لم يعقل عن ذكره في اللعان نفي عنه، وإن نسي ذكر أو أعقله لم ينف عنه حتى يستأنف اللعان ويذكره.

فإذا تقرر هذا ولاعن الزوج انتفى الولد، وقت الفرقة، وانتفى النسب وسقط عنه الحد، ولكن لا يجب عليها الحد في الحال لأنها غير مكلفة فلا يقدر على دفعه عن نفسها، فإذا أقامت أقيم عليها الحد إلا أن تلتعن، ولو كان قذف مجنونة فأفاقت بعد لعانه؛ لا لعان عليها لأنها لا تخشى حداً يقام عليها.

مسألة: قال: «ولو طلبهُ وليهَا، أو كانتْ أمةٌ فطلبهُ سيدهَا لَمْ يكنْ لواحدِ منهمَا»[(١)].

أراد به: إذا قذف امرأته وهي عاقلة فجنت، أو قذفها وهي مجنونة بزنا نسبه إلي حالة الصحة وجب عليه الحد، [١٨٢/أ] ولكن لا تطالب به حتى تعتق المرأة فتطالبه به فإن طلبه وليها؛ لم يكن له لأن ذلك لها يتعلق باختيارها، فليس للولي أن يفتأ به عليها. كما نقول في المطالبة بفرقة الإيلاء. وإن قذفها وهي مجنونة بزنا إضافة إلى حال الجنون؛ لم يلزمه الحد، ويلزمه التعزيز حق لها كالحد، فليس للولي طلبه حتى يفيق. وإن أراد الزوج أن يلاعن لإسقاطه؛ قد ذكرنا الخلاف فيه وهذا لأنه لا فرق بين الحد والتعزيز، وإن كانت امرأته مجنونة لم يجب عليه الحد بقذفها، ويجب التعزيز، وليس للسيد طلبه حتى تفيق فتطالبه به لأنه حق لها دونه تجب بهتك عرضها وعرضها لها بخلاف القصاص يتعلق بالبدن،

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/٢٦).

وبدنها له وقد بينه الشافعي فقال: بعده أو بحد للحرة البالغة ويعزز لغيرها، وذكر في «المهذب» أنه لو جني على عبد رجل يوجب القصاص ثبت القصاص للعبد وله المطالبة به والعفو عنه كما قلنا في حد القذف ومن نظر والفرق ظاهر وذكر في التلخيص ليس للعبد الاختيار فيما جنى عليه دون سيده.

مسألة: قال: «فإنْ ماتتْ قبلَ أن يعفوَ عنهُ فطلبهُ وليهُ كانَ عليهِ أنَ..... أو يحدَ للحرةِ البالغةِ ويعززَ لغيرهَا».

قد بينا أن حد القذف موروث خلافاً لأبي حنيفة ووافقنا أنه لو قذفها بعد موتها كان لورثتها المطالبة وعلل بأن هذا الحد يثبت للورثة ابتداء لأن العار يلحقهم وهذا لا يصح لأنه قد قذف الميت دون الورثة ويعتبر فيه إحصان للميت دون الورثة.

فرع

اختلف أصحابنا فيمن يرثه علي ثلاثة أوجه؛ أحدها: يرثه جميع الورثة من أهل الإنتساب والأسباب بالزوجية والولاء [١٨٢/ب] لأنه حق موروث لأدمي فيرثه جميع الورثة كسائر الحقوق. والثاني: يرثه عصباته دون النساء لأنه موضوع لدفع العار لولاية النكاح وهو اختيار القفال. والثالث: يرثه جميع ورثته المناسبين ولا يرثه الزوج أو الزوجة لأن الزوجية تنقطع بالموت فلا يلحقه العار وهذا الوجه لم يذكره كثير من أصحابنا بالعراق، وليس للشافعي أصل يدل عليه.

فرع آخر

قال القفال: إذا قذف الزوجة بعد موتها؛ هل يثبت للزوج المطالبة بحد القذف بحق الإرث، فإن قلنا: إذا ماتت الزوجة بعد القذف لم تثبت المطالبة فهاهنا أولى، وإن قلنا: تثبت المطالة فهاهنا وجهان؛ والفرق أن قبل الموت كانت الزوجة قائمة عند القذف، وهاهنا ارتفعت الزوجية عند القذف فلا ثبت له الحق ابتداءً، وهذا حسن. وهكذا الحكم في قذف الزوج هل للزوجة المطالبة بحد القذف أم لا؟

فرع آخر

إذا لم يكن للمقذوفة وارث؛ قال الداركي: قام الإمام مقام الوارث في طلبه، وعلى هذا لو كان القاذف زوجاً يلاعن لإسقاطه، وقال القفال: يسقط موتها ولا يطالبه الإمام ولا يلاعن له؛ والأصح الأول لأن الإمام نائب المسلمين وهم يورثونه.

فرع آخر

إذا جعلناه ميراثاً بينهم فإنه يجري مجرى الولاية في النكاح، فيكون لجماعتهم ولكل واحد منهم كله، فإذا ترك بعضهم حقه فللباقين الاستيفاء كاملاً لأن حد القذف إنما شرع لدفع معرة الميت وكل واحد منهم يقوم مقام صاحبه فيه ولا يندفع العار إلا بتمام الحد، وقيل: جملته أن الحقوق على أربعة أضرب حق يثبت لجماعة الورثة، ولكل واحد منهم بتمامه وكماله وهو ما ذكرناه، [١٨٣/أ] وحق يثبت لجماعة الورثة على الاشتراك ولكل واحد منهم حصته سواء ترك شركاءهم حقوقهم أو لم يتركوا وهو حق المال، وحق يرثه جماعة على الاشتراك، ولا ملك أحدهم على الانفراد شيئاً منه وهو القصاص إذا عفى أحدهم يسقط الكل، وحق يثبت لهم على الاشتراك، وإذا عفى بعضهم توفر الحق على الباقين وهو حق الشفعة، ونحو ذلك الغنمة أيضاً. ومن أصحابنا من قال في حد القذف: له أوجه؛ أحدها: ما ذكرنا، والثاني: يسقط بعفو أحدهم كالقصاص، والثالث: أنه كما قال: يسقط بالحصة عند عدم أحدهم وهذا يحكى عن أبي الحسن القطان، وهذا والذي قبله ضعيف غير مشهور.

فرع آخر

لو قال: عفوت عن بعض الحد هل يسقط؟ وجهان؛ فإذا قلنا: يصح عفوه؛ هل يصح في ذلك القدر، أو يسري إلى جميعه وجهان.

فرع آخر

لو قذف أمة ثم ماتت اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يسقط التعزير بموتها لأن أقاربها ليسوا ورثة ولا يلحق العار بسيدها وهذا اختيار القفال. وأراد الشافعي بالولي الوارث، وقال الشافعي: فطلبه وليها كان عليه أن يلتعن، ولم يقل: فطلبه وليها أو سيدها، فلما صور ابتداءً المسألة في الحرة والأمة، واقتصر انتهائها على الحرة، عرفنا أنه فصل بعد الموت من ولي الحرة وسيد الأمة، ومن أصحابنا من قال: لا يسقط لأنه حد وجب بالقذف، فل يسقط بموت المستحق كحد الحرة، فإذا قلنا بهذا فالسيد يطالبه لأنه كولي به من غيره، لا على وجه الإرث ولكن لحق الملك وهذا ظاهر كلام الشافعي هاهنا لأنه قال: فإن ماتت قبل أن يعفو عنه فطلبه وليها كان عليه أن يلتعن أو يحد للمرأة البالغة [١٨٣/ب] ويعزز لغيرنا يعني لأمة وأما ذكر القائل الأول: لا يصح لأن لفظ الولي صالح للسيد ولعل لفظ الشافعي لم يقل أو سيدها لهذا المعنى أو لأنه ذكرهما في الابتداء فاستغنى عن التطويل في الإنتهاء ألا تري كيف جمع في أخر كلامه بين الحرة والأمة فقال: ويحد للحرة البالغة ويعزز لغيرها وهذا أقيس، وقال ابن أبي هريرة: من أصحابنا من قال: يكون ذلك لقراباتها

المناسبين لأنه يثبت لمعنى يرجع إلى النسب فكانوا أحق به من الولي وإن كانوا لا يرثونه وحكاه القاضي الطبري أيضاً قال: هذا العائل ويفارق القصاص لأنه يثبت على وجه البدل عن البدن وبدنها له والحد أهتك العرض وليس للسيد العرض.

مسألة: قال: «ولَو التعنَ وأبتْ اللعانَ فعليْ الحرةِ البالغةِ الحدُ»[1].

الفصل

إذا امتنع الرجل من اللعان قد ذكرنا أنه يجد حد القذف، وإن امتنعت بعد لعانه من اللعان يلزمها حد الزنا ونبين كيفية الحد في كتاب «الحدود» إن. . . الله وقد ذكرنا مذهب أبي حنيفة، وحكى الشافعي أنه إذا امتنع من اللعان حد والمرأة إذا امتنعت جست وليس هذا بمذهب أبي حنيفة فلعله مذهب بعض أهل العراق، فإذا تقرر هذا لو كانت له أربع نسوة حرة مسلمة وحرة كتابية وأمة مسلمة وصبية فقذفهن فالكلام في ثلاثة فصول فيما يجب عليه بقذفهن وفي اللعان وفيما يجب عليهن باللعان، أما ما يجب عليه بقذفهن فعليه الحد بقذف الحرة المسلمة البالغة العاقلة العفيفة وعليه بقذف الذمة والأمة. التعزيز يكون تعزيز قذف،وأما الصبية فعلى ضربين صبية بجامع مثلها [١٨٤/أ] وصبي لا بجامع مثلها، فإن كانت ممن بجامع مثلها كالمراهقة ونحوها فعليه التعزيز بقذفها ويكون تعزيز قذف وإن كانت ممن لا بجامع مثلها للصغير فعليه التعزيز ولكنه تعزيز سب وشتم لا تعزيز قذف، وأما اللعان فله أن يلاعن في حق الكل إلا في الصغيرة في الموضع الذي يجب التعزيز للسب فلا يلاعن لأجله وأما ما يجب بلعانه فتى لاعن فإن كانت حرة مسلمة بالغة عاقلة فكأنه أقام البينة عليها بالزنا فرجم عند الإحصان ويجلد ويغرب عاماً عند البكارة وإن كانت حرة كتابية فكذلك أيضاً وإن كانت أمة فعليها نصف الحد خمسون جلدة وهل تغرب قولان إذا قلنا: تغرب بل تكون نصف سنة أو سنة قولان، وإن كانت صبية فلا شيء عليها لأن القلم مرفوع عنها واعلم أن كل من وجب عليه بلعانه حد أو تعزيز لها اسقاطه بلعانها فإن لم يلاعن استوفى ذلك منها. وقد قال الشافعي هاهنا: ولا لعان علي الصبية لأنه لا حد عليها. قال القفال: أراد به أنه إذا لاعن هو عن الصبية فهي لا تلاعن ولا يتصور لعانه وهي صبية إذا جوزناه لمجرد رفع الفراش، كما قال أبو إسحق: لأن الولد لا يتصور للصغيرة ويمكن أن يقال: هذا ابتداء كلام ولا يدل على أنه أراد بعد لعانه عنها. إذا قلنا: يعزز في قذف الصغيرة للسب بل يعزز قبل بلوغها وجهان؛ أحدهما: لا يعزز حتى تبلغ. والثاني: يعزز قبل بلوغها لأنه تعزيز أدب فلا نقفه على بلوغها.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٨/١١).

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني فيه وجهان؛ أحدهما: أنه موقوف الاستيلاء على مطالبة الولي لقيامه بحقوقها. والثاني: أنه موكول إلى الإمام في استيفائه لقيمه بالمصالح.

فرع آخر

إذا كانت [١٨٤/ب] الصغيرة ممن يجامع مثلها تقف تعزيز القذف على بلوغها لتكون هي المطالبة، وهل له أن يلاعن منها قبل بلوغها لاسقاطه على ما ذكرنا من الوجهين.

فرع آخر

إذا قلنا تغرب الأمة ففي نفقتها مدة تغريبها وجهان؛ أحدها: في بيت المال كمنع السيد منها. والثاني: على سيدنا لأنه لا يملك استخدامها بعد تغريبها.

فرع آخر

إذا بلغت الصغيرة هل لها أن تلاعن بعد لعانه؟ وجهان؛ أحدهما: لا تلاعن لأنه لم يجب عليها بلعانه حد. والثاني: لها ذلك لسفي بلعانها المقرة عن نفسها.

مسألة: قال: «ولا أجبرُ الذميةِ علىٰ اللعانِ إلَّا أَنْ ترغبَ فِي حكمنَا»[1].

الفصل

قد بينا في كتاب «النكاح» أنه هل يلزم على الحاكم أن يحكم بين الذميين إذا جاءا أو أحدهما وأجاب هاهنا على القول الذي يقول: إن الحاكم بالخيار في الحكم بينهم ولا يلزمه أن يحكم بينهم لأنه قال: فإن لم يفعل حددناها أن يثبت على الرضا بحكمنا، وأما إذا تحاكم مسلم وذمية يلزمه الحكم بينهما قولاً واحداً ولا يعتبر رضا الذمية، ولكنه إذا قذفها ولاعن فأبت عن اللعان تركت على هذا القول ولا تجبر عليه لأنه ليس في لعانها إلا دريء الحد عن نفسها وهو حق الله تعالى فلا يلزمها ذلك إلا أن ترضى. قال القفال: وعلى القولين الذي يقول: يلزم الحاكم الحكم بينهما في مسألة القذف واللعان فالحكم هكذا وهو أنها لا تجبر على اللعان لأن القولين في حق الأدمي وفي حق الله تعالى يحتاج إلى الرضي قولاً واحداً.

قال أصحابنا: وفيما ذكر الشافعي هاهنا دليل على أن الرجل المسلم إذا لاعن وقال:

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٣١).

لا أطلب لعان زوجتي وهي مسلمة فالحاكم يطالبها باللعان، فإن لم تفعل حدها لأنه حق الله تعالى فلا يسقط بعدم مطالبة الزوج. وقال المزني: لا يعتبر رضاها [١٨٥/أ] بعد الحد فإن لم يلاعن حدت لأنها ما رضيت في الأول لزمها حكم ولا يعتبر المقام على الرضا..... أيضاً أن أهل المذمية.... على أحد. واحتج بأن رسول الله ﷺ رجم يهوديين زنيا[1]...... .... أن يدفعا ذلك بترك الرضا ففعلا قلنا: أجمعنا على أنهما.... على إسقاط الرجم لأنه ثبت فيهما الزنا باعترافهما واعترف أن يرجع في حقوق الله تعالى إلى متى شاء وأيضاً اتفق حكم الذميين بالرجم...... .. رسول الله ﷺ إلى حاكمهم لرجما أيضاً فلا يكون مما..... في أن لا يرضيا بحكم الإسلام. ثم قال، وقال في الإيلاء: إن تمنعن حددناها وهذا أحد قول أنهم يجبرون على أحكامنا فلا.... واحتجاج به، واعلم أن المزني قال: في أول كلامه أولى به أن يحدها لأنها رضيت وقوله لأنها رضيت لغو من الكلام على هذا القول الذي اختاره ولا فائدة فيه لأنا إذا قلنا بهذا القول فنكلت عن اللعان أقمنا عليها عليها الحد رضيت في الابتداء أو لم ترض وظاهر كلام المزني يوهم كون الرضا في الابتداء شرطا على قوله الذي اختاره.

مسألة: قال: «لو كانتْ امرأتهُ محدودةً في زنًا فقذفهَا بذلكَ الزنَا، أو بزنًا كانَ فِي غيرِ ملكهِ عزرَ أَنْ طلبتْ ذلكَ ولمَ تلتعنْ».

إذا ثبت الزنا عليها بالبينة سقط إحصانها، فإذا قذفها قاذف لم يجد سوى قذفها بالزنا الذي قامت بالبينة أو بغيره وسواء كان زوجاً أوأجنبياً لأن هذا القذف لا يدخل المعرة عليها بقيام البينة به ولأنه قد ثبت صدقه في قذفه فلا يحد ولكنه يعزر للأذى والسب وبل الخروج أن يلاعن لأجله نقل المزني أنه لا يلاعن، وقال في «الأم»: عزز أن لهيب ذلك [١٨٥/ب] إن لم تلتعن ونقله الربيع، واختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من قال: وهو اختيار أبي إسحاق الصحيح ما نقله المزني وغلط الربيع في نقله لأنها إذا كانت محدودة في الزنا فقذفها بذلك الزنا فقد تبين صدقه فاستغني عن تصديق نفسه باللعان، واللعان لا يراد إلا لتصديق والتعزيز، وإن وجب به فهو للأذي ولا مدخل للعان فيه. قال أبو إسحاق: ولذلك لو قذف امرأة فحد لها ثم عاد فقذفها بذلك الزنا لم تعد عليه اللعان ثانياً، وعزر للأذي لأن اللعان إنما يدخل في قذف لم يعلم حقيقته وهذا اختيار ابن أبي هريرة أيضاً ويفارق هذا شروع اللعان في قذف الذمية والأمة لإسقاط التعزيز لأنه يفيد التصديق هناك، فإن قيل: أليس يفتقر

---

(١) أخرجه الترمذي في الحدود عن رسول الله، باب ما جاء في رجم أهل الكتاب (١٤٣٧) وابن ماجه في الحدود، باب رجم اليهود واليهودية (٢٥٥٦) وأحمد في «مسنده» (٤٥١٥).

هذا التعزيز إلي مطالبتها كقذف الذمية يفتقر في تعزيزه إلى مطالبتها، فلو كان هذا التعزيز للأذي لما افتقر إلى المطالبة كما لو قال: الناس كلهم زناه قلنا: تعزيز السب والأذى على ضربين.

أحدهما: لا يفتقر إلى المطالبة كما ذكرتم لأنه لم يتعين مستحقه. والثاني: يفتقر إلى المطالبة وهو إذا تعين مستحقه وهاهنا هذا التعزيز حقها بعينها فيفتقر إلى مطالبتها لهذا المعنى، ومن أصحابنا من قال: الصحيح ما نقله الربيع أن له أن يلاعن لأنه قذف في زنا حصل في ملكه فله التخلص منه باللعان. وتأويل ما نقله المزني أنه قال: عزر أن طلبت ذلك ولم تلتعن أي عزر إذا حصل طلبها وامتناعه من اللعان ولا يجعل قوله ولم تلتعن كلاماً مفرداً أو جوابه هذا راجع إليه إذا قذفها بزنا كان قبل الزوجية فلا يلاعن له [١٨٦/أ] لأن القذف بذلك الزنا لا يوجب اللعان فتكرار القذف به لا يوجبه، وإذا ثبت عليها الزنا في النكاح بالبينة وأقيم عليها الحد كان له اللعان في أصل الزنا فكذلك له اللعان إذا كرر القذف والأول أقيس وأصح، وأما إذا ثبت الزنا عليها بلعانه وامتنعت من اللعان فحدت كأن قذفها الزوج بعد ذلك فلاعن عليه ويعزر للأذي وليس له إسقاط هذا التعزيز باللعان.

وإن قذفها أجنبي فيه وجهان؛ أحدهما: يحد وهو اختيار ابن سريج لأن حصانها لم يرتفع في حق الأجنبي لأن اللعان حجة خاصة في حق الزوج فلا يبطل إحصانها إلا في حقه. والثاني: لا يحد وهو اختيار أبي إسحق لأنها محدودة في الزنا فلم يحد قاذفها كما لو حدت بالإقرار والبينة. ولو لاعنها الزوج ولم تلاعن هي ولم.... فقد سقط إحصانها في حق الزوج دون غيره أيضاً لأنه وجب عليها الحد بلعانه، وإن لم تحد وذكر الداركي وجهاً آخر هاهنا أيضاً أنه يسقط إحصانها في حق الكل لأنه ثبت زناها بلعانه كما لو حدت وهذا بعيد. وقال أبو حنيفة: إن كان لها ولد نفاه باللعان سقط إحصانها في حق الكل، وإن لم يكن لها ولد نفاه سقط إحصانها في حق الزوج خاصته. وقد قال: لو قدمت إياه ومعها ولد لا يعرف نسبه فقذفها قاذف لا حد عليه لأن نسب ولدها غير ثابت وهذا غلط؛ لما روي أن النبي قال في خبر: يريد فمن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد[١]، ولو لاعنت ولاعن الزوج ثم قذفها ثانياً بذلك الزنا لم يجب عليه الحد ويعزز لأن اللعان حجة في حقه كالبينة، ولو أعاد القذف بعد إقامة البينة لا يلزمه الحد لكن ذكر جماعة أصحابنا.

وذكر صاحب «الحاوي» و«الشامل» أنه يلزمه الحد [١٨٦/ب] وجهاً واحداً لأنه عارض لعانه لعانها ولم يثبت عليها الزنا ولا وجب الحد علها فلم يزل إحصانها وهذا أقيس

---

(١) تقدم تخريجه.

عندي لو قذفها بعد التلاعن بزنا آخر فيه وجهان لأصحابنا؛ أحدهما: لا حد لقيام الحجة علي زناها، وإن عارضها بلعانها، والثاني: يحد لزنه لم يقم الحجة على هذا الزنا، واللعان حجة خاصة فيما تقدم، ولم يقم الحد عليها وهذا اختيار القفال. وذكر مرة أن في المسألة قولين؛ ونص في «القديم» أنه يحد، ولو قذف زوجته ولم يقم البينة ولم يلاعن، فحد لها ثم رماها بذلك الزنا، عزر ولا يحد أيضاً، ولو رماها بزنا آخر فيه وجهان؛ أحدهما: وهو اختيار ابن الحداد لا يحد لأنه حد لها فلا يحد. والثاني: يحد، وهما مبنيان على القولين الأجنبي يحد في قذف الأجنبي ثم قذفه ثانياً بزناً آخر، هل يحد أم لا؟ ومن العلماء من قال: يجب الحد ثانياً إذا أعاد القذف بكل حال كما لو تكرر الزنا بعد إقامة الحد وهذا غلط لأن أبا بكرة كرر قذف المغيرة بعد إقامة عمر بن الخطاب رضي الله عنه الحد عليه، ولم يحده عمر[1]، ولأن حد القذف يراد بالتكذيب، وقد ذكرناه حين حددناه فلا حاجة إلى الحد ثانياً.

وأما إذا قذف زوجته بزنا؛ وكان قبل الزوجية ولم يقم عليه بينة، فإن لم يكن هناك ولد حد لها؛ ولا يكتفي لأنه لا ضرورة به إلى رميها بالزنا قبل الزوجية؛ وبه قال مالك وأحمد في رواية، وقال أبو حنيفة: له أن يلاعن لأن الزوجية كانت قائمة وقت القذف والاعتبار بحالة القذف وهذا غلط لما ذكرنا، وإن كان هناك ولد يريد نفيه فيه وجهان؛ أحدهما وهو اختيار أبي إسحاق: لا يلاعن لأنه لا حاجة به إلى إلحاق الزنا إلى ما قبل الزوجية، فإذا فعل ذلك لا يلاعن وبه قال مالك وأحمد في رواية والنسائي؛ وهو اختيار ابن أبي هريرة [١٨٧/أ] وصاحب الإفصاح والقاضي الطبري؛ يلاعن لأن به حاجة إلى قذفها لنفي الولد فأشبه إذا قذفها بالزنا في الزوجية وهذا أصح، ولو قذف الزانية بزنا آخر في ملكه يلاعن لنفي التعزير وبه قال أبو حنيفة لأنه لم يصدقه بهذا القذف فصدق نفسه. ثم اعلم أن الشافعي جمع في هذا الفصل بين مسألتين مختلفتي الحكم وأجاب بجواب واحد فقال: ولو كانت امرأته محدودة في زنا فقذفها بذلك الزنا أو بزنا كان في غير ملكه عزر ومعلوم أنه إذا قذفها بزنا قد حدث فيه فحكمه التعزير، وإذا قذفها بزنا كان في غير ملكه وليست محدودة فيه فحكمه الحد لا التعزير؛ فكيف أجاب في المسألتين جميعاً وجوب التعزير، وهذا مشكل وإزالة هذا الإشكال أن يقال: الشافعي كثير الجمع بين مسألتين، ثم يجيب عن إحديهما فكأنه أجاب بالتعزير في المسألة الأولى وهي: إذا كانت محدودة في ذلك الزنا؛ ولم يجب عن المسألة الثانية وهي إذا كانت غير محدودة، ولو أجاب عن الثانية لكان يجب بوجوب

(١) ذكره ابن حجر في «**تلخيص الحبير**» (٣/ ٢٢٧).

الحد. أو يقول: يحتمل أن يريد بقوله: بزنا كان في غير ملكه وهي محدودة في ذلك الزنا، والمسألة الأولى مصورة في زنا في ملكه؛ وهي محدودة فيه أيضاً، وإذا كانت المسألتان جميعاً مصورتين في الزنا الذي حدث فيه فجوابهما التعزير، وإن كانت في إحديهما زنت في ملكه، وفي الأخرى زنت في غير ملكه.

مسألة: قال: «وإن أنكرَ أنْ يكونَ قذفهَا فجاءتْ بشاهدينِ لاعنْ وليسَ جحودهُ القذفَ إكذاباً لنفسَه»[1].

صورة المسألة: أن تدعي امرأة على زوجها أنه قذفها فجاءت بشاهدين فشهدا عليه بالقذف قال الشافعي: له أن يلاعن وليس جحوده القذف [١٨٧/ب] إكذاباً لنفسه ولا خلاف على المذهب أنَّ له أن يلاعن ولكن اختلف اصحابنا في أن جحوده القذف إكذاباً منه لنفسه، أم لا فمنهم من قال: ليس بإكذاب وهو ظاهر ما قاله هاهنا؛ ووجهه أنه يقول: أنا ما قذفتها لأن القذف هو القول الكذب الزور، وإذا قلت: حقاً؛ والبينة إنما شهدت على أني قلت لها: يا زانية وأنا صادق في ذلك ولست بقاذف؛ فلا يكون فيه تكذيب لنفسه. ومن أصحابنا من قال: هذا تكذيب منه لنفسه لأنه نفى أن يكون قذف وقد قامت البينة عليه بالقذف وحكمنا عليه بالقذف. ألا ترى أنَّا نحده بالقذف إلا أنَّا مع كونه مكذباً له أن يلاعن وثبت الزنا عليه، وإن كان قد جحد الكذب وصار مكذباً فيه وهو اختيار أبي إسحاق. ومنهم من قال: هذا تكذيب منه لنفسه؛ ولكنه يلاعن لأنه يقول: ما قذفت ولكن هي زانية فيكون بهذا القول قاذفاً، ومتى قال لها: ألا إن هي زانية فقد أحدث قذفها فيلتعن لأجل هذا القذف الحادث ويحققه باللعان، وكذلك إذا ادعت عليه أن قال لها: يا زانية فقال: ما قلت ذلك، وأقامت البينة بذلك فقد كذب نفسه فعليه الحد ولا يلاعن لأنه تقدم منه إقرار بأنها ليست بزانية فليس له أن يرجع ذلك؛ وكيف يقول في لعانه: إني لمن الصادقين فيما رميتها به، ولم يوجد منه القذف على قوله، فالقائل الأول والثاني يقولان: يلاعن للقذف الأول، والقائل الثالث يقول: يلاعن للقذف المجدود. ومن قال بالأول قال: حصل قذفها في لفظ لعانه حيث يقول: إني لمن الصادقين فيما رميتها به فلا يحتاج إلى تجديد هذه اللفظة [١٨٨/أ] متى أراد اللعان وقال ابن أبي ليلى: لا يلاعن لأنه جحد القذف وقاعدة اللعان القذف وقصد الشافعي بماذكر من العلة هو.

مسألة: قال: ولو قذفَها ثم بلغَ لم يكنْ عليهِ حدٌ ولا لعانٌ.

الصبي إذا قال لزوجته: يا زانية لم يكن قذفاً ولا حد عليه ولا تعزير أيضاً لأنه لا

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٣٣).

حكم لكلامه، فإن بلغ وأراد اللعان لم يكن له لأن اللعان إنما يكون على القذف وليس هذا بقذف، وقال القفال: ولكن يؤدب الصبي على ما قال: إن كان يعقل عقل مثله، فإن لم يؤدب حتى بلغ لم يؤدب بعده لأنه زال المعنى الذي ونبه.

مسألة: قال: «ولو قذفَها فِي عدةٍ يملكُ فيهَا رجعةَ فعليهِ اللعانُ».

الرجعية في حكم الأزواج فيلاعنها زوجها ولا يؤخر إلى أن يراجع كما أن يؤخر أمر الظهار والإيلاء لأن الظهار تحريم وهي محرمة والإيلاء مضارة ولا تبين المضارة في حال التحريم واللعان يراد لأمور تتحصل الآن وفي تأخيره ضرر بما يموت فيبقى النسب غير متقي في الحال فيلاعن.

مسألة: قال: «ولو بانتْ فقذفَها بزناً نسبهِ إلى أنه كانَ وهيَ زوجتُه حدُ ولا لعانَ»[1].

إذا أبان زوجته بالطلاق الثلاث أو الخلع أو الفسخ ثم قذفها بزنا كان بينها في حال الزوجة نظر، فإن لم يكن هناك ولد ينفيه لم يجز له أن يلاعن، وحد إن لم يأت بالبينة لأنه لا ضرر فيه إلى قذفها بعد البينونة، وقال عثمان البتي: له أن يلاعن به، وقال الأوزاعي وأحمد؛ وقيل عن أحمد مثل قولنا وهو الصحيح. وإن كان هناك ولد يريد نفيه له أن يلاعن وقال أبو حنيفة: لا يلاعن لأنه قذفها في غير الزوجية فأشبه إذا لم يكن هناك ولد وهذا غلط لأنه لا حاجة به إلى قذفها [١٨٨/ب] واللعان عند عدم الولد وبه حاجة إلي ذلك عند وجود الولد لئلا يلحقه نسب ولد ليس منه فافترقا، واعلم أن الشافعي ألزم نفسه سؤالاً فقال: فإن قيل: فلم لاعنت بينهما وهي بائن إذا ظهر بها حمل قيل: كما ألحقت الولد لأنها كانت زوجة فلاعنت أيضاً عند الاحتياج لأنها كانت زوجة، ثم قال الشافعي: نفى رسول الله ﷺ الولد وهي زوجة فزال الفراش كأن الولد بعدما يتبين أولى ينفى، ومعناه أن اللعان إذا لاقى الفراش تعلق به قطع الفراش وقطع النسب ودرىء الحد، فإذا انقطع الفراش بالطلاق كيف لا يقوى اللعان على دفع النسب ودرىء الحد وهو بعض ما كان يقوي عليه قبل ذلك.

فرع

إذا لاعن منها عند وجود الولد ونفي نسب الولد؛ هل تحرم هي على التأبيد عليه؟ لا نص فيه؛ واختلف أصحابنا فيه على وجهين؛ إحديهما: تحرم على التأبيد وهو الأشبه، والأصح أن اللعان إذا صح تعلق به التحريم على التأبيد كما لو لاعن زوجته، ولأن كل نسب يوجب التحريم المؤبد إذا صادف الزوجية أوجب التحريم المؤبد، وإن صادف غير

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٣٥).

الزوجية كالرضاع، والثاني: لا تحرم على التأبيد لأن التأبيد تابع لوقوع الفرقة بهذا اللعان، ولأنه تحريم يختص به الأزواج، فإذا صادف البينونة لا حكم له في الطلاق.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني، هل يجرى عليه حكم الطلاق الثلاث حتى لا تحل إلا بعد زوج لأن أضعف أحواله أن يكون الطلاق، والثاني: تحل قبل زوج إذا لم يستكمل عدد الثلاث بالطلاق المقدم لأن هذا اللعان لم يؤثر في الفرقة فلم يؤثر في التحريم أصلاً، ولو أثر في التحريم لكان تأثيره في تحريم التأبيد أولى. [١٨٩/أ]

فرع آخر

قال القفال: إذا لاعن فنفى الولد وحده فهل تلاعن المرأة؟ فيه وجهان؛ أحدهما: تلاعن كما في النكاح، والثاني: لا تلاعن؛ لأن نفي الولد ضد مقتضى لعانها فلا معنى للعانها فيه. قال: وهذان الوجهان مبنيان علي أنها هل تذكر أمر الولد في لعانها أم لا، والوجه الثاني أظهر لأن الشافعي قال: لو نسي الحاكم نفي الولد في اللعان قال الزوج: إذا شئت نفيه فلاعن، فإذا أعاد لم تعد المرأة لعانها كذلك هاهنا لا يلاعن ولا يحد فإنه لم يلاعن لإثبات الزنا عليها وإسقاط الحد عن نفسه وإنما لاعن لنفي الولد وحده.

فرع آخر

لو كان بها حمل يريد نفيه في المسألة التي ذكرناها نقل المزني بأن له أن ينفيه باللعان فقال: إلا أن ينفي به ولداً أو حلاً فيلتعن، وذكر المزني في «الجامع الكبير» هذه المسألة؛ وقد قال الشافعي: لا لعان بينهما إلا أن ينفي ولداً أو حملاً فيلاعن للولد ويوقف للحمل، فإذا ولدت التعن فإن لم يلاعن حدَّ، ثم قال المزني: أولى بقوله أن يلتعن، وإن لم تلد إذا ان الحمل. واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: التلاعن على نفيه قولاً واحداً كما نقل المزني لأن المقصود باللعان هاهنا النفي. ألا ترى أنه لو لم يكن هناك ولد لا يلاعن فلا يجوز ذلك، حتى يتيقن الولد الذي هو سبب صحة اللعان وحمل أبو إسحاق ما نقله المزني على ما قرره في «الجامع الكبير» وهو أنه يلاعن إذا وضعت، ويخالف هذا إذا كانت زوجته حاملاً له أن يلاعن وينفي الحمل قولاً واحداً لأن المقصود هاهنا دريء الحد عن نفسه، وينفي النسب تبعاً لأنه، وإن لم يكن ولد يلاعن أيضاً، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: ما ذكرنا وهو الأصح. والثاني: له أن يلاعن لنفيه كما في الزوجة يصح اللعان لتفي حملها كما يجوز لنفي ولدها المنفصل [١٨٩/ب] وقيل: هذان القولان مبنيان على أن

الحمل هل يعلم أم لا حتى يلزم الاتفاق عليها للحمل، وفيه قولان؛ وهذا ضعيف لأنه لا يشبه النفقة فإنه إذا اتفق فلم يكن حمل يمكن الرجوع عليها ولا يمكن الرجوع في حكم اللعان.

فرع آخر

لو قذف زوجته وهي حامل له أن يلاعن لنفي نسب الحمل علي ما ذكرنا، وإن لم يكن صرح بقذف الزنا، وبه قال مالك: ولو اختار تأخيره إلى ما بعد الإنفصال كان له. وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يلاعن لنفيه بحال، ولو قذفها بزنا صريح ولا عن منها. قال أبو حنيفة منع الفرقة إذا لاعنت أيضاً وفرق الحاكم بينهما ثم تلحق نسب الولد ولا يقدر على نفيه بحال لأن اللعان لا يصح بعد زوال النكاح وهذا غلط؛ لأنه ولد يلحقه نسبه فله نفيه باللعان كالولد المنفصل ولأن هلال بن أمية لاعن على الحمل وقد قال النبي ﷺ: إذا جاءت به على نعت كذا وكذا أفلا أراه إلا وقد صدق عليها[1]، وهذا نص صريح.

فرع آخر

لو استلحق الحمل لحقه، ولم يكن له نفيه بعده وقال أحمد: لا يصح استلحاقه ولا نفيه وهذا غلط؛ لأنه محكوم بوجوده لأنه يوقف له الميراث وتجب له النفقة فصح الإقرار به واحتج بأن إقراره به معلق بشرط إن كان بها حمل فلا يصح عليها لو علق الإقرار بدخول الدار قلنا: لانقول إنه معلق بشرط ولكن نقول حكمه يظهر به في الحال.

فرع آخر

لو قذفها ثم أبانها له اللعان سواء أكان هناك ولد أو لا وقال أبو حنيفة: سقط اللعان بالإبانة وهذا غلط؛ لأنه ثبت حق اللعان بالقذف فلا يسقط بحادث الإبانة بعده.

فرع آخر

لو كان هناك ولد فلاعنها فوقعت الفرقة بنهما ثم قذفها بزنا آخر نسبه إلى حال الزوجية لا يلاعن لأنه لا نسبه هناك ينفيه وهل يلزمه الحد؟ فيه وجهان؛ [١٩٠/أ] أحدهما: لا يحد ويعزر لأن اللعان أسقط إحصانها على ما ذكرنا. والثاني: يحد لأن حكم اللعان لا يتعدي إلى غير حال الزوجية.

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق، باب التلاعن في المسجد (٥٣٠٩) وابن ماجه في الطلاق، باب اللعان (٢٠٦٦).

مسألة: قال: «ولو قالَ: أصابكَ رجلٌ في دبركِ حدَّ ولاعنَ»[١].

القذف في الدبر يقبل سواء لأن الدبر ينتفي بالإيلاج فيه لذة كاملة، فإن القذف به موجباً للحد كالقبل، ثم إن قذف به امرأته لاعن لأن به ضرورة إلى قذفها به، وإن قذف به أجنبية أو رجلاً أو غلاماً يحد إلا أن يأتي بأربعة شهداء، وقال أبو حنيفة: لا يصح القذف ولا يلاعن أصلاً ويعزر بناءً على أصله أنه لو تحقق ذلك لا يحد بل يعزر، وذكر المزني هذه المسألة في «الجامع الكبير» وقال: لا أدري على ماذا أقيسه كأنه أنكر هذا المذهب، فبقول له: قسه على القبل كما ذكرنا. وحكى صاحب «الحاوي» عن المزني: إذا قذف في الإتيان في الدبر يجب الحد ولا يجوز اللعان لأنه لا يختلط بمائه، ولا يقدح في نسبه. وعلى ما ذكرنا إذا لاعن في هذه المسألة سقط الحد عنه وثبت التحريم به وفي جواز نفي الولد به وجهان؛ أحدهما: لا يجوز لاستحالة العلوق منه، ويلحق الولد بالزوج إلى أن يقذف بما يكون منه الولد ويلاعن لنفيه وهو اختيار العمري. والثاني: يجوز لأنه يحتمل أن يسبق الإنزال فيستدخله الفرج فتعلق به.

فرع

لو قال: أنت سحاقة، أو أصابك رجل فيما دون الفرج، أو قبلك، أو عانقك، لا يلزمه الحد ولا لعان أيضاً وعزر للأذى لأن هذا الفعل لو تحقق لا يوجب الحد.

فرع آخر

لو قال: وطئك رجلان في حالة واحدة عزر ولم يحد لاستحالته، وهذا التعزير للأذى.

فرع آخر

لو قال: علوت علي رجل ودخل منه في ذاك منك؛ يلزمه الحد، وله اللعان لأنه لو تحقق عليها ذلك وجب الحد نص عليه في «الأم» [١٩٠/ب].

مسألة: قال: «ولو قالَ لها: يا زانيةُ بنتُ الزانيةِ وأمهَا حرةٌ مسلمةٌ».

الفصل

إذا قال لإمرأة: يا زانية بنت الزانية فقد قذف كل واحدة منهما وعليه لكل واحدة منهما حد قولا واحداً ولا يتعلق حكم إحديهما بالأخرى لأنه أفرد كل واحدة منهما بالقذف

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٣٨).

بخلاف ما لو قذف اثنتين بكلمة واحدة يلزم حد واحد في أحد القولين لأنه جمعهما في القذف بكلمة واحدة، ولا فرق بين أن يقول: يازانية بنت الزانية وبين أن يقول: زنيت وأمك زنت، ولو قال: أنت وأمك زانيتان قال القفال: فإن قلنا: في الأجنبيتين يلزم حدان فهاهنا أولى وإن قلنا: هناك يلزم حد واحد فهاهنا وجهان؛ لأن الموجب مختلف يلاعن في أحديهما ولا يلاعن في الأخرى والأصح أنه يجب حد واحد هاهنا أيضاً لأن الحجة مختلفة لا الموجب، فإذا تقرر هذا لا يجوز لامرأته أن تطلب حد أمها وإنما المطالبة إلى الأم أو وكيلها، فإن كانت الأم ميتة فهي تطلب حد أمها مع باق الورثة علي قولنا أنه يثبت حد القذف بجمع الورثة الرجال والنساء، ولو جاءت البنت تطلب حدا والأم غائبة كان له اسقاطه بالبينة أو اللعان، فإن عجز عنها حد لها، وإن جاءت الأم قبل البنت كان له اسقاط حده بالبينة خاصة فإن لم يكن بينة حد لها ولو جاءا معاً فالمنصوص أن يقدم حد الأم وهو المذهب.

ومن أصحابنا من قال: يقدم حد البنت وهو اختيار أبي اسحاق لأن الحد لها سبق حد الأم بقوله: يازانية ثم قال: بنت الزانية وهو كما لو قتل رجلاً ثم رجلاً قدم القصاص الأول ولأنه إذا قذف أجنبيتين بكلمتين يبدأ الحد من. . . . أولاً لذلك هاهنا والأول أصح لمعنيين؛ أحديهما: أن حد الأم مجمع عليه [١٩١/أ] وحد البنت مختلف فيه، فإن عند أبي حنيفة لا يجب الحد لها بل يجب اللعان فقط والثاني: أن حد الأم أقوي لأنه لا يمكن إسقاطه إلا بالبينة وحد البنت يسقط باللعان فإذا قلنا: تقدم الأم فحددناه لها ثم جاءت البنت وطالبته فلم يلاعن ولا يأتي ببينة يلزم الحد لها ولكن لا يقم عليه الحد حتى يبرأ من الحد الأول لأنه لا يجوز الموالاة بين الحدين مخافة التلف ويحبس حتى يبرأ للحد الثاني.

فإن قيل: أليس لو اجتمع عليه قطعان قطع في يمينه بسرقة، وقطع في يساره بجناية يوالي بين القطعين فمالفرق؟ قلنا: إن القصد من الحد الزجر فأمر بحد الظاهر منه البقاء دون التلف ونخاف التلف بين الموالاة بين الحدين ولا يمكن أن قال في القطع أمر بقطع لا يؤدي إلي التلف لأن ظاهر القطع التلف فوالينا بين القطعين وفي هذا نظر؛ لأنه يلزم على هذا أن قطع في شدة الحر والبرد ولا يقطع عند وجود ذلك وأيضاً الحد مقدر بالشرع فلا يرزاد عليه، ولهذا لو تكرر سببه لم يتكرر الحد، فلو والينا بين الحدين أضر به وأدى إلى خلاف موضوعه والقصاص يجوز أن يجب في الأطراف كلها لواحد ويستوفى له في حالة واحدة أن يجب لاثنين ويستوفى لهما في حالة واحدة، وإذا قدمنا البنت ولم تلاعن ولم تقم البينة بحده لها بما يخاصم الأم وتحده لها بعد برئه من الحد الأول على ما ذكر القفال عن بعض أصحابنا أنهما إذا اجتمعا على الطالبة يقرع بينهما لأن الكلام فصل واحد.

وقال أبو حنيفة: إن لاعن الابنة يحد للأم، وإن حد للأم أولاً بطل حق البنت لأنه يصير محدوداً في القذف فلا يصح لعانه. قال: وإن اجتمعا يقدم حد الأم أولاً ثم يلاعن [١٩١/ب] واعلم أن الشافعي ربما يستقصي شرائط مسألة في موضيع ثم إذا استقبله تلك المسألة ذكر بعض شرائطها اعتماداً منه علي ما قد استقصى وهاهنا فعل على هذه العادة فقال: وأمها حرة مسلمة فاقتصر من ذكر شرائط الإحصان في. . . . . والإسلام ولم يذكر العقل والعفة.

فرع آخر

لو قذف عبد رجلين فوجب عليه حدان بل يوالي بين الحدين يحتمل وجهين ذكرهما أبو إسحاق؛ أحدهما: والي لأن الذي يقام عليه الحد ثمانون جلدة وقد يجوز أن يوالي عن الحر ثمانون جلدة والثاني لا يوالي لأنهما حدان في حقه، والأول أقرب عندي.

فرع آخر

لو ثبت على رجل حدان لله تعالى أحدهما بالإقرار، والآخر بالبينة قال القفال: قدم ما ثبت بالبينة فإنه ربما يرجع عن الإقرار، فهاهنا أيضاً أن يقدم حد الأم لأنه ربما يسقط حق الابنة باللعان.

مسألة: قال: «ومتىٰ أبىٰ اللعانُ فحددتهُ إلَّا سوطاً ثـمَ قالَ: أنا ألتعنُ، قبلتُ رجوعَه ولا شيءَ لهُ فيمَا مضىٰ»[١].

اللعان في هذا كالشهادة عندنا لا كاليمين فإذا حددناه إلا سوطاً ثم قال: أنا أعود إلي اللعان أعدناه كما لو قال: أنا أقيم البينة قبلناها وتركناه، وكذلك المرأة إذا وجب الحد عليها بلعان نحدد إلا سوطاً قالت: أنا أعود إلي اللعان قبلنا وعادت إلى اللعان، فيسقط بلعانها ما بقي من الحد ولا شيء فيما مضى من الضرب لأنه كان. . . كالحق ويخالف هذا إذا نكل المدعى عليه عن اليمين وردت اليمين إلى المدعي فقال المدعى عليه: أنا أحلف؛ لا ترد عليه اليمين لأن اليمين صارت حجة للمدعي، فلم يجز أن يأتي بها المدعى عليه وليس كذلك اللعان لأنه لا يصير بنكوله حجة لغيره. وقال القفال: لو أقيم عليه الحد في التمام؛ ثم قال: ألاعن؛ لأصدق. . . . . لم يقل منه وهذا صحيح. [١٩٢/أ]

مسألة: قال: «فإنَ قالَ قائلٌ: كيفَ لاعنتَ بينهُ وبينَ منكوحةِ نكاحاً فاسداً بولدٍ، والله تعالىٰ يقول: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦]، وهذهِ لستْ زوجةٌ».

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٤٠).

الفصل

نقل المزني سؤالاً قبل بيان المذهب؛ فنحن أولاً نبين المذهب وهو أنه: إذا قذف المنكوحة نكاحاً فاسداً لم يكن له اللعان إلا أن يكون هناك ولد يريد نفيه فيكون حكمه حكم المطلقة البائن في جميع ما ذكرناه. وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا يلاعن عنها بحال لأنها أجنبية منه وهذا غلط، وذكر الشافعي هاهنا وهو أنه لو حصل الوطىء في النكاح الفاسد كالوطىء في النكاح الصحيح في الأحكام من وجوب المهر والعدة ولحوق النسب فكذلك بالنفي باللعان، وبل هنا في النفي باللعان أولى لأن النسب أقوى في النكاح الصحيح، فإذا جاز نفي الأقوى فلأن يجوز نفي الأضعف أو لا، وهكذا الخلاف في الموطىء بالشبهة إذا قذفها، فإن كان هناك ولد لاعن وإلا فلا يلاعن، وعند أبي حنيفة لا يلاعن؛ وهذا غلط لأنه يحتاج إليه لنفي ولد ليس منه، واللعان للنفي عند الاحتياج. وذكر القفال عن بعض أصحابنا أنه إن لم يكن هناك ولد، وكان عالماً بفساد النكاح لا يلاعن، وإن لم يكن عالماً بفساد النكاح هل يلاعن؟ وجهان؛ وهذا غريب ضعيف. وقيل: جملة الأحكام المتعلقة باللعان أربعة؛ درئ الحد عن نفسه، ونفي الولد، وقطع الفراش، وإلحاق الحد عليها. وهاهنا حكمان مقصودان يجوز إفراد كل واحد منهما باللعان وبدرىء الحد عن نفسه إذا طالبه به، والثاني: نفي النسب وهاهنا حكمان تابعان لا يجوز إفرادهما باللعان؛ وهو قطع الفراش وإيجاب الحد عنها، والفرق أن به حاجة إلى نفي النسب، ودرئ الحد عن نفسه باللعان، [١٩٢/ب] فإن غيره لا يقوم مقامه في ذلك، ولا حاجة به إلى إيجاب الحد عليها ولا إلى قطع الفراش فإنه يمكنه ذلك بالطلاق وهذا هو المذهب الصحيح.

فرع

إذا لاعنها في النكاح الفاسد على ما ذكرنا؛ قال القاضي الطبري: لها أن تلاعن لدرىء الحد عن نفسها وقد ذكرنا عن القفال خلاف هذا؛ وهو القياس، والمشهور ما ذكره عن القاضي.

فرع آخر

إذا قذفها ولاعن لإسقاط الحد عن نفسه ثم بان أن النكاح كان فاسداً لا تحرم عليه المرأة باللعان؛ لأن اللعان لا يصح في النكاح الفاسد، فلا يتعلق به التحريم.

فرع آخر

قال أحمد بن حنبل: لا تعجبوا من أبي عبد الله يقول للسيدين يلاعن في أم ولده حكاه ابن أبي هريرة، فمن أصحابنا من قال: هذا قول في المسألة للشافعي. وإذا لاعن

حرمت على التأبيد كالزوجة، والمشهور أنه لا يلاعن عنها لأنه يمكنه نفي نسب ولدها بدعوى الاستبراء واليمين عليه فلا حاجة إلى اللعان. قيل: أراد بأبي عبد الله؛ سفيان الثوري، وهذا غلط لأنه روي أنه قال من الشافعي، وقيل: أراد إذا كانت زوجته أمة فإن أحمد قال: لا يجوز نفي ولدها باللعان؛ وهذا غلط أيضاً. وقال صاحب «التقريب»: إن صح أن أراد به الشافعي فالمراد باللعان اليمين إذا ادعى الاستبراء.

فرع آخر

إذا اشترى امرأته فجاءت بولد ولم يقر بوطئها لدون أربع سنين له النفي باللعان، وإن جاءت به لأكثر من أربع سنين من يوم الشراء فهو منفٍ بلا لعان، وإن أقرَّ بالوطىء، فإن جاءت به لأقل ممن ستة أشهر فله اللعان، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لحقه إلا أن يدعي استبراءً بعد الوطىء، وتأتي به لستة أشهر تصاعداً بعد الاستراء فلا يلحقه [١٩٣/أ].

مسألة: قالَ: «وقالَ بعضُ الناسِ: لا يلاعنُ إلا حرَّانِ مسلمانِ».

الفصل

قصد به الرد على أبي حنيفة وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، وذكر الشافعي أن أبا حنفة ترك ظاهر الآية لمعنى قوله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم بشهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم﴾**. ولم يفصل بين الحر والعبد، وذكر أنه قال: اللعان شهادة وليس كذلك بل هو يمين لأنه لا يجوز أن يشهد بنفسه ولكانت المرأة تأتي بثماني شهادات، لأنها على النصف من الرجل في الشهادة، وإنه صح من الأعمى والفاسق، ولا يجوز شهادتهما، ثم ألزم نفسه سؤالاً فقال: فإن قيل: الفاسق والفاسقة قد يتوبان، قلنا: وكذلك العبد قد يعتق فتجوز شهادته ثم أكد هذا بأن العبد إذا أعتق تقبل شهادته في الحال، والفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته في الحال، ثم الذمة أن الذمي من أهل الشهادة على الذمي والذمية، وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض عنده ينبغي أن يجوز اللعان بين الذمي والذمية أيضاً. واعلم أن الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته إلا بعد مدة الاستبراء، وهذه المدة قدرها بعض أصحابنا بسنة وكلام الشافعي هاهنا يدل على أنها لا تتعذر، بل الرجوع بها إلى العرف والعادة لأنه قال: لو تابا لم يقبلا إلا بعد طول مدة يختبران فيها ولم يقدر.

باب أين يكون اللعان؟[١]

مسألة: قال: «قالَ: وروي عن رسولِ الله ﷺ أنهُ لاعنَ بينَ الزوجينِ على المنبرِ»[٢].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٤٤).
(٢) سيأتي تخريجه.

الفصل

جملته أن اللعان لا يصح إلا بحضرة الحاكم لأنه يمين ولا يصح يمين المتداعين إلا بحضرة الحاكم. وأيضاً اللعان الذي كان في الشرع إتيان هلال بن أمية [١٩٣/ب] ولعان العجلاني وكلاهما كان لحضرة الرسول ﷺ فإذا تقرر هذا فاللعان يغلط أربعة شهداء؛ باللفظ، والمكان، والزمان. والجمع إما باللفظ وهو أن يأتي كل واحد منهما بأربعة شهادات؛ بالله وحكمه اللعن أو الغضب على ما نطق به الكاتب وهذا شرط بلا خلاف. وأما المكان فهو أن يلاعن فهو أن يلاعن في أشرف البقاع، فإن كان بمكة ففي المسجد الحرام بين البيت والمقام، وقيل بين الركن والمقام وكلاهما واحد، قال القفال: أحلف في الحجر وهذا لا بأس به ولكنه غير مشهور، وإن كان في المدينة قال الشافعي: هاهنا على المنبر، وقال في موضع آخر: عند منبر رسول الله ﷺ.

واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: هذا على اختلاف حالين فالذي قال: على المنبر أراد إذا كثر الناس ليراه الناس، والذي قال: عند المنبر إذا قل الناس، وقال ابن أبي هريرة: يلاعن عند المنبر لا على المنبر بكل حال لأن في صعودهما على المنبر إعظام لهما ولا يجوز ذلك؛ لأنهما فاسقان أو أحدهما والذي قال على المنبر معناه عند المنبر كما يقال: حلف على المصحف يعنى بالمصحف وهذا لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض، وأما مارواه الشافعي بإسناده عن النبي ﷺ أنه لاعن بين زوجين على المنبر قيل: رسول الله ﷺ كان على المنبر قاعداً والمتلاعنان بين يدي المنبر ويؤمر الحاكم الآن بهذا وقيل: معناه أمر الملاعن بأن يصعد المنبر والرسول ﷺ كان جالساً عند المنبر فصعد العجلاني المنبر ولاعن ثم نزل وصعدت المرأة المنبر ولاعنت ويؤمر الحاكم الآن بهذا.

قال القفال: وهذا أصح [١٩٤/أ] لأنه..... على عثمان رضي الله عنه أن يحلف على المنبر فأبى أن يحلف وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمينه. وإن كان في بيت المقدس ففي موضع الاختيار من مسجدها وجهان؛ أحدهما: عند الصخرة وهو المشهور لأنها أشرف بقاعه، وقال أبو حامد وجماعة: يكون على المنبر أو عنده لأنه أخص بالشهرة، وإن كان في سائر البلاد ففي جوامعها عند المنبر لأنها أشرق البقاع، ومن أصحابنا من قال: لا يختص بالمنبر في سائر البلاد لأنه لا مزية لبعض المسجد على بعض في سائر البلاد ويخالف المدينة لأن النبي ﷺ قال: ما بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة[١] ذكره في

---

(١) أخرجه البخاري في الجمعة، باب فضل ما بين القبر والمنبر (١١٩٦) ومسلم في الحج، باب ما بين القبر والمنبر روضة من رياض الجنة (١٣٩٠)، والترمذي في المناقب عن رسول الله، باب ما جاء في فضل المدينة (٣٩١٥) ولفظه عندهم: «ما بين بيتي ومنبري روضة من رياض الجنة».

«الشامل» ولم يذكره خلافاً وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: من حلف عند منبري هذا يمين إن وجبت له النار[(١)] وروى جابر رضي الله عنه يتبوأ مقعده من النار فخص منبر لنفسه، وأما التغليط بالزمان فهو أن يحلف بعد العصر، قال الله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٦]. قيل في التفسير: أراد بالصلاة هاهنا صلاة العصر.

وروي أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولهم عذاب أليم رجل حلف يمين على مال مسلم ما قطعه، ورجل حلف على يمين بعد صلاة العصرلقد أعطى بسلعته أكثر مما أعطي وهو كاذب، ورجل منع فضل ماء. فإن الله تعالى يقول: «اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمله»[(٢)]. قال القفال: ويؤكد يوم الجمعة إن لم يكن في تأخيره إلى يوم الجمعة ضرر فيحلف بعد صلاة العصر من يوم الجمعة لأن أبا هريرة رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ [١٩٤/ب] أنه قال: إن في الجمعة ساعة لا يوافقها عبد مسلم يصلي فيسأل الله شيئاً إلا أعطاه، فقال كعب الأحبار: إنها الساعة بعد العصر فقال أبو هريرة: كيف تكون بعد العصر وقد قال لا يوافقها عبد مسلم يصلي، ونهى النبي ﷺ عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس فقال كعب: أليس قال النبي ﷺ: إن العبد في الصلاة ما انتظر الصلاة[(٣)].

وأما التغليط بالجمع أن يجمع لها طائفة من الرجال العدول أقلهم أربعة ليثبت بشهادتهم وهذا لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]، فلما كان الحد يستحب أن يكون بحضرتهم. وقيل في التفسير: أراد بالطائفة هاهنا أربعة، ولأن ابن عباس وابن عمرو وسهل بن سعد الساعدي رضي الله عنهم حضروا اللعان عند رسول الله ﷺ على حداثة منهم والصبيان لا يحضرون المجالس إلا تابعين للرجال فدل أنه حضر جماعة من الرجال وتبعهم الصبيان ولأن اللعان بني على التغليط. . . . . وفعله عند الجمع أبلغ في الردع، وأما التخصص بالأربعة فلأن شهود الزنا أربعة فلذلك هذا يخص بالأربعة.

فإذا تقرر هذا فلا يختلف المذهب أن التغليظ في اللفظ بالتكرار واجب هاهنا على ما ورد في سائر الدعاوي توكيد الإيمان باللفظ فيؤمر أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة ونحو ذلك وهو إذا كانت الدعوى في غير المال أو في المال الذي بلغ

---

(١) لم أجده.

(٢) أخرج نحوه البخاري في التوحيد، باب قول الله تعالى وجوه يومئذ ناضرة إلى ربها ناظرة (٧٤٤٦).

(٣) أخرجه الترمذي في الجمعة عن رسول الله، باب ما جاء في الساعة التي ترجى في الجمعة (٤٩١) وقول أنها بعد العصر عنده على لسان عبد الله بن سلام.

نصاباً ولا يكون هذا واجباً قولاً واحداً، وأما التغليظ بالزمان والجمع لا يجب قولاً واحداً بل يستحب ذلك، وأما التغليظ بالمكان فيه قولان؛ أحدهما: أنه مستحب كالزمان والجمع [١٩٥/أ] والثاني: أنه واجب حتى لو أخل به يعاد اللعان لأن النبي ﷺ غلط بالمكان وعدد الإيمان فكما وجب إحديهما كذلك الآخر، وقال أبو حنيفة: لا يغلط بالمكان والزمان والجمع وهذا غلط؛ لما ذكرنا. وقال القفال في التغليظ بالزمان: هل يجب أم لا؟ قولان أيضاً وهذا غير مشهور، وقيل في التغليظ بالجمع: بل يجب قولان أيضاً وليس بشيء وعلى ما ذكرنا لو امتنع الرجل أو المرأة من اللعان في الموضع المغلط بل فعل..... قولان بناء على القولين في الوجوب.

مسألة: قال: «ويبدأُ الإيمانُ فيقسمُ الرجلُ قائماً والمرأةُ جالسةً».

الفصل

السنة أن يتلاعنا قائماً وهو نوع تغليظ فيقوم الرجل والمرأة جالسة فتلاعن، وإن لاعن قاعداً مع القدرة أساء ويجزيه، فإذا فرغ الرجل وأرادت المرأة اللعان قامت والتعنت والرجل جالس هكذا روي في قصة هلال وهذا لأن القصد به الردع والزجر، وحاله القيام أبلغ في الردع والزجر ولأنه عند القيام إلى سماع الناس أقرب فكان أولى وأعلم أنه يشترط فيه الترتيب فيلاعن الرجل أولاً ثم تلاعن المرأة فإن لاعنت قبل لعانه لم يعتد به وتؤمر أن تلاعن بعده، قال الشافعي: فإن حكم الحاكم بصحة لعانها قبل لعانه نقضت حكمه وهذا لأن الله تعالى بدأ بالرجل في اللعان.

وقال أبو حنيفة ومالك: إن بدأت باللعان جاز ويعتد به وهذا غلط؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٨]، فجعل لعانها أدرأ العذاب عنها. وقبل لعانه لم يجب عليها شيء بالإجماع ولأن اللعان يمين أو شهادة ولا يجوز تقديم واحد منهما على وقته. واختلف أصحابنا فيما ذكر الشافعي نقضت حكمه أنه..... سبب [١٩٥/ب] ينقض، فقال بعضهم: ينقض لمخالفة النص، وقال أبو حامد: لمخالفة قياس لا تحتمل غيره وهو ما ذكرنا.

واختلف من قال: بالنص على وجهين؛ أحدهما: نص التنزيل الذي ذكرنا من التعليل في درء العذاب عنها بعد وجوبه عليها. والثاني: نص السنة في قوله ﷺ: حين ابتدأ في السعي بالصفا ثم بالمروة: «ابداؤا بما بدأ الله به»[١]. وقال القفال: ومن جمله التأكيد في

---

(١) أخرجه النسائي في مناسك الحج، باب القول بعد ركعتي الطواف (٢٩٦٢) وأحمد في «مسنده» (١٤٨٢١).

اللعان أن يأمر رجلاً ليضع يده على فم الزوج إذا أراد يذكر كلمة اللعنة، ويأمر امرأة أن تضع يدها على فم الزوجة إذا أرادت أن تذكر كلمة الغضب ويقول لكل واحد منهما أنها موجبة أي تجب عليك اللعنة إن كنت كاذباً ويجب عليك الغضب إن كنت كاذبة، وقد روي أنه ﷺ أمر بذلك في امرأة العجلاني فتعتعت وقالت شيئاً فسمعه من قرب منها فحكى أنها قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم ثم مضت على يمينها، قال القفال: وفي هذا دليل على أنها تجد إذا امتنعت لأنه لا فضيحة في أن تحبس لتلاعن ويستحب أن يعظمها في ابتداء الآخر إذا حضر لنا، روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ذكرهما وقال: إن عذاب الإخرة أشد من عذاب الدنيا، فقال هلال: والله لقد صدقت عليها وقالت: كذب ثم تلاعنا[١].

مسألة: قال: «إلا أنْ تكونَ حائضاً فعلىٰ بابِ المسجدِ».

قد بينا أنه يغلط اللعان بالمكان فإن كانت طاهراً دخلت المسجد ولاعنت معه، وإن كانت حائضاً لاعن الزوج في المسجد فإذا فرغ منه لاعنت المرأة على باب المسجد لأن ذلك اللعان أشرف من الحوانيت والمنازل ويحضر لعانها على باب المسجد الحاكم أو خليفته مع الجماعة إذ لهم أربعة على ما ذكرنا وهذا لأنه لا يجوز [١٩٦/أ] للحائض دخول المسجد والمكث فيه لا بقدر الخصومة ولا غيرها.

مسألة: قال: «أو كانت مشركة التعنت في الكنيسة وحيث تعظم»[٢]. إذا كان الزوجان مشركين يلاعنان في الموضع الذي يعظمانه، فإن كانا يهوديين ففي الكنيسة، وإن كانا نصرانيين ففي البيعة، وإن كانا مجوسين ففي بيت الناروهذا لأنهم يعظمون هذه المواضع وليس فيها معصية فخلا الإمام أن يحلفهم فيها لينزجر عن الكذب ولا نقول لهذه المواضع حرمة والمعنى في التغليظ بها ما ذكرنا ويخالف اليمين بالوثن والصنم لأن ذلك معصية فلا يجوز التخليف به، وإن يعظمونه كانوا يعظمونه، فإن قيل: إذا حضر الحاكم معهما في هذه المواضع فقد شاركهما في المعصية بتعظيم هذه المواضع قيل: دخولها لايكون معصية، وإنما المعصية في تعظيمها والحاكم لا يعظمها، وقال القفال: لا يؤكد يمين المجوسي ببيت النار لأنه لم يكن لها حرمة قبل الفسخ وأن كان الزوج مسلماً والمرأة مشركة، فإن الرجل يلاعن في المسجد وتلاعن المرأة في البيعة أو في الكنيسة.

مسألة: قال: «وإن شاءتْ المشركةُ أن يحضرهُ فِي المساجدِ كلهَا حضرتهُ إلّا أنهَا لا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الحاوي الكبير (٤٨/١١).

تدخلُ المسجدَ الحرامَ». قال أبو حامد: أراد الشافعي في الذمية تحت المسلم طلبت أن تلاعن زوجها في المسجد يجوز ذلك في جميع المساجد إلا المسجد الحرام وإنما كان لها ذلك إذا رضي الزوج به فإن لاعن الزوج في المسجد وطلبت أن تلاعن هي في الموضع الذي تعظمه كان عليها ذلك، وقال بعض أصحابنا: صورة المسألة في كافرين فأرادت المرأة أن تلاعنه في المسجد كان لها ذلك لأن التغليظ [١٩٦/ب] عليه بالمكان الذي يعظمه حق لها، فإذا رضيت إسقاطه كان لها ولابد هاهنا من رضاه في لعانها في المسجد وهذا أقرب إلى المظاهر كلامه قسم، قال المزني: إذا جعل للمشركة أن تحضره في المسجد وعسى بها مع شركها أن تكون حائظاً كانت المسلمة بذلك أولى وهذا مذهبه أن الحائظ لا تمنع من المسجد كالمشركة والجواب، قال بعض أصحابنا: إن عرفنا حيضها وخيانتها هل يجوز لها حضور المسجد؟ وجهان؛ أحدهما: لا يجوز. والثاني: يجوز لها ذلك. وهذا لا يصح لأن النص للشافعي فرق بينهما والمعنى ما ذكرنا في كتاب الصلاة أن المشركة لم تعتقد تعظيم المساجد حتى نطالبها. . . . . الاعتقاد بخلاف المسلمة فحيل بينها وبين المسجد ما دامت حائضاً.

مسألة: قال: «وإن كانَا مشركينِ لا دينَ لهمَا تحاكمَا إلينَا لاعنَ بينهمَا في مجلسِ الحكمِ».

إذا لم يكن لها دين من الزنادقه والدهر به وعبدة الأوثان وكانا عندنا بموادعة هدية لاعن بينهما في مجلس الحكم لأنهما لا يعتقدان تعظيم البقاع الشريفة، فإن قيل: كما لا يعتقدان تعظيم المكان المخصوص لا يعتقدان صانعاً وربما يقولان بقدم الدهر فأي فائدة في يمينهما وكيف يتصور لعانهما ولا يمين لهما، قلنا: إنما يتصور لذلك لأنه ما من مشرك وإن خلا في شركه إلا وهو عند رجوعه إلى نفسه يعترف بخالق خلقه وإن كان معانداً بلسانه. قال الله تعالى: في قصة إبراهيم عليه الصلاة والسلام حيث كسر الأصنام ﴿فَرَجَعُوٓاْ إِلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ فَقَالُوٓاْ إِنَّكُمْ أَنتُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٦٤﴾ ثُمَّ نُكِسُواْ عَلَىٰ رُءُوسِهِمْ لَقَدْ عَلِمْتَ مَا هَٰٓؤُلَآءِ يَنطِقُونَ﴾ [الأنبياء: ٦٤ ـ ٦٥]. وقال تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾ [الزخرف: ٨٧] [١٩٧/أ] في آيات كثيرة، وأيضاً نأمرهم بذلك، وأن لم يعتقد تعظيمه لما يتعلق به من الأحكام في شريعتنا مثل نفي النسب والفرقة والحد ونرجو أن تلحقهما شوم الكذب في اليمين الكاذبة. قال ﷺ: اليمين المغموس تدع الديار من أهلها بلاقع[١]، واللعن إلى مثلها أقرب منه إلى

(١) أخرجه ابن عدي في «**الكامل**» (٦/١٣٨) بلفظ: «إياكم واليمين الفاجرة فإنها تدع الديار من أهلها بلاقع».

المسلم الكاذب وصورة يمينه في سائر الدعاوي أن يقول: بالله الذي خلقني ورزقني ذكره أبو حامد وهو حسن، وقول اليهودي: في لعانه أشهد بالله الذي أنزل التوراة على موسى. ويقول الغفراني: اشهد بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى. وفي عمر اللعان من الإيمان يقولان مثله.

باب سنة اللعان ونفي الولد[1]

مسألة: قال: «أخبرنَا مالكٌ عَن نافعٍ عن ابن عمر أنَ رجلاً لاعَنَ مِنْ امرأتهِ فِي زمنِ النبيَ ﷺ وانتفىٰ مِنْ ولدهَا ففرقَ رسولُ اللَّهِ ﷺ بينهمَا وألحقَ الولدَ بالمرأةِ[2]، قالَ سهلُ ابن سعد وابن شهابٍ: وكانتْ سنةَ المتلاعنينِ».

قال أصحابنا: تتعلق باللعان خمسة أحكام: درء الحد، ونفي الولد، والفرقة، والتحريم المؤبد، ووجوب الحد عليها. وكل ذلك يثبت بمجرد لعانه ولا يفتقر فيها إلى لعانه ولا إلى حكم الحاكم، فإن حكم به الحاكم كان سنيداً منه لا إيقاعاً للفرقة، وأما لعان المرأة لايؤثر إلا في اسقاط الحد عن نفسها فقط، وحكي عن عثمان البتي أنه قال: لا يتعلق باللعان الفرقة أصلاً، وروي عنه أنه يؤمر بالطلاق بعد اللعان، واحتج بأن العجلاني طلق امرأته بعد اللعان فأنفذ رسول الله ﷺ طلاقه وهذا غلط؛ لقوله ﷺ [١٩٧/ب] المتلاعنان لا يجتمعان أبداً[3] وأما ما ذكره لا يصح لأنه لما طلق قال له: لا سبيل لك عليها أي بما سبق من اللعان. وقال أبو حنيفة: يتعلق الفرقة ونفي الولد بلعانهما وحكم الحاكم وهو رواية عن أحمد، وعند أبي حنيفة أحكام اللعان إثبات نفي النسب وزوال الفراش والحد لا يجب حتى يسقط به، والتحريم على التأبيد لا يثبت أيضاً حتى لو أكذب نفسه وحتى تحل له بعقد جديد وعند أبي حنيفة قبل حكم الحاكم الزوجية قائمة بينهما حتى لو طلقها نفذ طلاقه ولكن لا يجوز للحاكم أن يقرهما عليه بل يلزمه أن يفرق بينهما، وقال ربيعة ومالك، وداوود، وزفر: يتعلق الفرقة بلعانها معاً ولا يحتاج إلا حكم الحاكم وهو الرواية الثانية عن أحمد؛ واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ قال: المتلاعنان لا يحتجان أبداً بشرط لعانهما، واحتج أبو حنيفة بما روي أن النبي فرق بين المتلاعنين[4]، فأضاف التفريق إليه وهذا غلط؛ لأن قوله: تمنع

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٥١).

(٢) أخرجه البخاري في الطلاق، باب الولد بالملاعنة (٥٣١٥) ومسلم في اللعان، (١٤٩٤) والترمذي في الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء في اللعان (١٢٠٣).

(٣) أخرجه البيهقي في «**الكبرى**» (٧/ ٤٠٩) بلفظ «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً» والدارقطني في «**سننه**» (٣/ ٢٧٦).

(٤) تقدم تخريجه.

الزوجين من. . . . . علي النكاح فالفرقة به لا تفتقر إلى حكم الحاكم كالطلاق. وأما الخبر الذي ذكره مالك يقول به: وليس فيه دليل على أنهما يجتمعان قبل لعانهما، وأما الخبر الذي ذكره أبو حنيفة قلنا: لفظ التفريق يستعمل لإيقاع الفرقة ويستعمل لإظهارالفرقة والمراد هاهنا الإظهار لا الإيقاع أي بين رسول الله ﷺ للمتلاعنين مفترقان بدليل أنه روي والحق الولد بالأم والمعلوم أن الولد لمحق بالأم من غير حاجة إلى حكم الحاكم في الإلحاق ومعناه إظهار ذلك الحكم. وفسر الشافعي هذا اللفظ فقال: معنى قولهما: [١٩٨/أ] أي قول سهل وابن شهاب: كانت سنة المتلاعنين فرقة طلاق الزوج وتفريق النبي ﷺ غير فرقة الزوج إنما هو تفريق حكم.

ثم اعلم أن الفرقة الواقعة به فسخ كالفسخ بالرضاع وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: هي طلقة ثانية وهذا غلط؛ لأنها فرقة لا ترتفع بعقد النكاح بحال فكانت فسخاً كفرقة الرضاع، وحكي عن الأصم أنه قال: لا ينتفي النسب باللعان وهذا خطأ فاحش لما روينا من الأخبار، ثم اعلم أن الشافعي استغل بعد هذا بتأويل ثلاثة أحاديث؛ أحدها أنه قال: وإذا قال رسول الله ﷺ: يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب؟ فحكم على الصادق والكاذب حكماً واحداً وأخرجهما من الحد وقصد بهذا أنه ﷺ لم يستعمل عليه الظن وقضى على الصادق والكاذب قضاء واحداً وأخرجهما من الحد بلعانهما فدل على أنه لا يجوز للحاكم إلا. . . . . بباطن المكذب وعليه إجراء الحكم بظاهره وإن يتيقن أن أحد الخصمين كاذب في خصومته لا محالة، وهذا لأنه لما لم يتعين الصادق من الكاذب استوى حكمهما كما لو صلى باجتهاده أربع صلوات إلى أربع جهات بالاجتهاد لا يلزمه إعادة واحدة منها، لأنه لم يتعين الخطأ في واحدة منها.

والثاني: أن النبي ﷺ قال: فإن جاءت به أديعج فلا أراه إلا قد صدق عليها فجاءت به على النعت المكروه. فقال النبي ﷺ: إن أمره لبين لولا ما حكم الله وأخبر أنه لم يستعمل دلالة صدقه عليها، وحكم بالظاهر بينه وبينها فمن بعده من الولاة أولى بأن لا يستعمل دلالة في مثل هذا المعنى، ولا يقضي إلا بالظاهر أبداً لأنه ﷺ يعلم ما لا يعلم غيره، [١٩٨/ب] وقصد بهذا أنه وجد إمارة دالة على كذبها ولم يعلم عليها، وأخبر الله تعالى أمر بإجراء الحكم فيها بظاهر الإيمان، وإن كان كذبهما بينا بالدلالة وقيل: قصد رسول الله ﷺ بذكر صفة الولد لزيادة الردع والزجر حتى تنزجر عن مثل صنيعها. وقيل: قصد به الرد على مالك فإنه يستعمل في بعض المسائل دلالة الصدق على غير ما ورد به الشرع، فقد قال في الخلوة: إذا طالت أو قصرت يختلف الحكم، فإن كانت الخلوة في داره فالقول قولها في وجود الإصابة طالت أو قصرت، وإن كانت الخلوة في دارها فالقول قوله

في عدم الإصابة إذا قصرت المدة، والثالث: أنه قال: لما نزلت آية الملاعنة قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة دخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء»[1]، وقد ذكرنا هذا الخبر، قيل: «وروي أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم تأكل حرامهم، وتنظر إلى عوراتهم فليست من الله في شيء»، وأراد بالحراب المواريث والنفقات، وروي في خبر المعراج أن النبي ﷺ قال: رأيت نسوة معلقات بثديهن يعذبن، فسألت جبريل عليه الصلاة والسلام عنهن فقال: هنَّ اللاتي ألحقن بأزواجهن من ليس منهم، ثم قال ﷺ: اشتد غضب الله على امرأة ألحقت بقوم من ليس منهم تنظر إلى عوراتهم، وتأكل حرامهم. وأما قوله في الخبر: وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه[2]، لأن الرقة والرحمة عند النظر أكثر ما وعد للرجل والمرأة على حسب دينهما؛ والله أعلم [١٩٩/أ].

باب كيف اللعان[3]

مسألة: قال: «قالَ: ولما حكىٰ سهلٌ شهودُ المتلاعنينِ معِ حداثتهِ، وحكاهُ ابنُ عمرَ استدللنا علىٰ أنْ اللعانَ لا يكونُ إلا . . . . . من طائفةِ مِنْ المؤمنينِ».

الفصل

قصد الشافعي بهذا أنه يغلظ اللعان بجمع الناس، وقد ذكرنا ذلك، واحتج الشافعي رحمة الله عليه بأن ابن عمر وسهلاً رضي الله عنهما رويا خبر اللعان مع حداثة بينهما ولا يحضران في أمر يريد رسول الله ﷺ ولا يحضره الصغار المميزين إذا حضروا مثل هذا المحضر لم يمنعوا لأن رسول الله ﷺ لم يمنعهما، والفائدة في حضورهم تعلمهم وتبليغهم، فإن كانت المرأة مخدرة لا تبرز في حوائجها بعث الحاكم مع خليفته إلى منزلها أربعة عدولة لتلاعن بحضرتهم فإن لم تفعل، وبعث خليفته وحده جاز لما ذكرنا أن للجمع لا يجب، وأما حد السرقة قال صاحب الإفصاح: يحتمل فيه وجهين أحدهما أنه يستحب في إقامته إحضار طائفة أيضاً للزجر والردع.

والثاني: لا يستحب لأن القطع يظهر فلا يحتاج إلى حضور طائفة للعلم به بخلاف اللعان وإقامة الحد فإنهما لا يظهران، فندب إلى حضور الطائفة فيهما ثم قال الشافعي: وفي حكاية من حكى اللعان عن رسول الله ﷺ جملة بلا تفسير دليل على أن الله تعالى لما نصب اللعان حكاه في كتابه فإنما لاعن رسول الله ﷺ بين المتلاعنين بما حكاه الله تعالى

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٥٨).

في القرآن، وأراد به أنه لما أعرض الراوي عن كيفية اللعان عرفنا أنه ﷺ [١٩٩/أ] لاعن بينهما كما ورد به القرآن مفسراً وهو بأربع شهادات وكلمة اللعن، ولو زاد رسول الله ﷺ في لفظ اللعان زيادة ليست في القرآن لنقل ذلك وهذا كما أنه قال رسول الله ﷺ للأعرابي الذي ساء صلاته: توضأ كما أمرك الله[١] لأن القرآن ورد الوضوء مفسراً، وجملته أن ما ذكره الله تعالى مجملاً لا بد للرسول ﷺ من بيانه، إما بفعله أو بقوله، وما فسره الله تعالى لا يحتاج الرسول ﷺ إلى بيانه، ولا يجب على الراوي نقله مفسراً أيضاً. واللعان من هذه الجملة.

فإن قيل: أليس ابن عباس وسهل رضي الله عنهما؛ بيَّنا كيفية اللعان فكيف ذكر الشافعي هذا؟ قيل: إنما قال الشافعي ذلك من رواية ابن عمر رضي الله عنه وحده، فإن قيل: قال الشافعي: يشهدها طائفة من المؤمنين أقلهم أربعة لأنه لا يجوز في شهادة الزنا أقل منهم أي: أقل من أربعة، ولم لا تنقص الطائفة عن أربعة لأجل أنه لا تقبل في شهادة الزنا أقل من أربعة، ولعل الزنا يثبت بالإقرار مرة كما يثبت بالشهادة قلنا: الوجه فيه أنه لما كان الزنا لا يثبت إلا بأربعة، وقد أمر الله تعالى طائفة بالحضور فالأولى لحضور هذا المحضر من يشهد على ذلك الزاني بالزنا لعلهم شهدوا..... فإذا شاهدوا فيه أليم العقاب رجعوا عن كذبهم فلا يكمل العذاب إذا رجعوا، ويقام عليهم حد القذف إن كان المقذوف محصناً فهاهنا كان أقل الشهود أولى من غيره بالحضور، وأقل عددهم أربعة جعلنا أقل الطائفة أربعة؛ قسم فيه منزلة الإقرار على منزلة الشهادة فيما ذكرنا من الحد [٢٠٠/أ].

مسألة: قال: «اللعانُ أن يقولُ: الإمامُ للزوجِ: قلْ: أشهدُ باللهِ إني لمنْ الصادقينَ فيمَا رميتُ بهِ زوجتي فلانَة بنتُ فلانِ منْ الزنَا»[٢].

الفصل

اللعان أن يقول الإمام للزوج: قل أشهد بالله إني من الصادقين فيما رميت به، زوجتي فلانة بنت فلان، ولو ابتدأ لعانه قبل تلقين الإمام لا تحسب له ولا يحتاج إلى ذكر السبب إن لم يكن ولد ينفيه وينبغي أن يكون بعد حضور الزوجين وكل واحد منهما؛ بحيث يسمع كلام صاحبه، والأولى أن يراه مع سماع كلامه لتتبع الإشارة إليه، وإن لم ير أحدهما ولا يسمع كلامه ينبغي أن يجمع..... من الشهود من روايتهما، وسماع كلامهما، فإن تباعدا وتلاعنا يجوز لأن لعان كل واحد منهما بعد موت صاحبه يجوز، والموت قاطع للاجتماع ولكن أن

(١) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في وصف الصلاة (٣٠٢) وأبو داود في الصلاة، باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٨٥٦).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٦٢).

بعد كل واحد منهما عن صاحبه بغير عذر يكره، وإن كان بعذر بأن تكون حائضاً نقف عند أقرب. . . . . ثم إن كانت المرأة غائبة عن المجلس لابد أن يرفعها في النسب حتى لا تشاركها امرأة أخرى فيه، وإن كانت حاضرة فهل تكفي الإشارة إلى عينها؟ وجهان؛ أحدهما: لا يكفي لأن اللعان أمر بني على المبالغة والتأكيد وأكد بالجمع بين الإشارة وذكر النسب، ولأنه يجوز أن يحضر معها من يجوز أن تنصرف الإشارة إليه فيلزم التحقيق بذكر النسب مع الإشارة، وهذا ظاهر ما نص هاهنا. والثاني: يجوز الاقتصار على الإشارة مع ذكر الزوجية فيقول: إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا وهو اختيار ابن سريج لأن الإشارة تغني عن ذكر نسبها كما في الشهادات وسائر الأحكام، وقيل: فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: يحتاج إلى أربعة أشياء؛ [٢٠٠/ب] الإشارة وذكر الزوجية واسمها والنسب وهو اختيار القاضي أبي حامد وهذا بيان الوجه الأول الذي ذكرنا، والثاني يكفي شيئان: الإشارة مع ذكر الزوجية وهو الوجه الثاني الذي قاله ابن سريج، والثالث يحتاج إلى الاسم أيضاً ولا يلزم ذكر النسب.

وإن كان هناك نسب ولد يريد نفيه يقول في كل مرة: وإن هذا الولد ولد زنا ليس مني، ولو اقتصر وقال: إن هذا الولد من زناً ولم يقل: وليس مني؛ بل يكفي بالانتفاء قال القاضي أبو حامد: يكفي في الانتفاء لأن ولد الزنا لا يلحق به، وكان قوله: ليس مني تأكيداً، وقال أبو حامد: لا ينتفي حتى يقول ما هو مني لأنه قد يعتقد أنه من زنا ويكون منه بأن تكون قد زنت قبل تزويجه بها وجاءت بولد لستة أشهر من وقت عقده فيكون لاحقاً به، وربما يعتقد أن الوطيء في النكاح بغير ولي زنا كما قال الصيرفي من أصحابنا: ويكون الولد منه ثم إذا أتى ذلك أربع امرات وعضه الإمام أو الحاكم وقال له: اتقِ الله فإني أخاف إن لم تكن صدقت أن تبؤ بلعنة الله؛ فإن رآه يريد أن يمضي أمر من يضع يده على فيه على ما تقدم بيانه فإن أبى تركه وقال: قل وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميت به فلانة من الزنا على ما بيناه، فإذا أتى به تم اللعان من جهته؛ ثم يأمر المرأة بالقيام وأن تقول: أشهد بالله أن زوجي فلان بن فلان هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، فإن كان غائباً وقعت في نسبه حتى يتميز، وإن كان حاضراً فعلى وجهين كما ذكرنا في المرأة؛ ولا يحتاج في لعانها إلى ذكر الولد لأنه لا مدخل لها في إثبات النسب وإنما تلاعن لدريء الحد عن نفسها. وكذا ذكر أصحابنا بالعراق، وقال القفال فيه وجه آخر؛ أنها تذكر الولد فتقول: [٢٠١/أ] وهذا الولد ولده ليستوي اللعانان في المقابلة ويكرر ذكر أربع مرات ثم يقدمها الإمام ويذكرها: احذري أن تبوئي بغضب الله إن لم تكوني صادقة في إيمانك، فإن رآها تمضي أمر امرأة أن تضع يدها على فيها، فإن رآها تمضي قال لها: قولي: وعلي

غضب الله إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا، فإذا قالت ذلك فقد فرغت ودرأت الحد عن نفسها. ولو تلاعنا ولم تنفِ الولد، فإن أحب أن تنفيه استأنف لعاناً خاصاً لنفي الولد ولا تلاعن بعده الزوجة نص عليه الشافعي هنا، وقال في موضع من «الأم» تعيد الزوجة لعانها بعد لعانه وليس هذا على الوجوب بل على الاختيار حتى لا ينفرد الزوج بلعانٍ لا تساويه الزوجة.

فرع

لا يتعرض لهما بعد التلاعن وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: يعزران بعد التلاعن، ليحقق الكذب واجتماعهما عليه وهذا غلط لأن الكذب لم يتعين في واحد منهما كما لو تحالف المتبايعان لا يعزر واحد.

فرع آخر

ألفاظ اللعان ثابتة بالكتاب نصاً والعظة ووضع اليد على الفم ثابت بالسنة المروية عن رسول الله ﷺ، فلو أتت المرأة بدل الغضب بلفظ اللعنة لم يعتد به، ولو أتى الرجل بدل اللعن بلفظ الغضب فيه وجهان إحديهما: لا يعتد به لأنه عدل عن المنصوص عليه فأشبه إبدال الغضب باللعن، والثاني: يعتد به لأن الغضب يتضمن معنى اللعن ويزيد عليه فإن اللعن هو الطرد والإبعاد وكل مغضوب عليه مطرود.

فرع آخر

لو جاء بكلمة اللعن قبل الخامسة أو جاء بكلمة الغضب قبل الخامسة بل يعتد بها وجهان: إحديهما: يعتد بها لأن القصد التغليظ والتأكيد فلا فرق [٢٠١/ب] بين أن تكون أولاً أو آخراً، والثاني: لا يعتد بها وهو الصحيح لأنه خلاف النص ولأن كلمة اللعن والغضب إن كان من الكاذبين فيما يشهد، وينبغي أن يتأخر عن كلمة الشهادة وهذا اختيار القفال.

فرع آخر

لو أتى بأكثر ألفاظ اللعان لا تتعلق بها الأحكام وينبغي أن يستوفي جميع الألفاظ بالتمام، وإن حكم الحاكم في الأكثر بالكفاية لا يجوز وينقض حكمه، وقال أبو حنيفة: إذا أتى كل واحد منهما بثلاث ألفاظ من الخمسة لا يجوز للحاكم أن يحكم بالفرقة، فإن حكم كان مخطئاً، ونفذ حكمه وهذا غلط لأن الله تعالى ذكر الألفاظ الخمسة، والرسول ﷺ لاعن بين الزوجين ولم ينقص عن الخمسة، ولأنه لو جاز الاقتصار على بعض الكلمات في اللعان وقد جعله الله تعالى بدلاً عن الشهود لجاز أن يقتصر في الزنا على المائة من الشهود

وأجمعنا على خلافه، وإذا قذف زوجته برجل سماه بعينه وأراد اللعان يحتاج إلى أن يذكر المرمي في لعانه كل مرة فيقول: إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان، ثم إذا سماه في لعانه هكذا سقط عنه حده وحده جميعاً كما لو أقام البينة على زناً به. وقال أبو حنيفة: لا يذكر في لعانه ويلزمه الحد للأجنبي المرمي به ولا يسقط لعانه حال، وبه قال مالك وهذا غلط لأن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن السحماء اليهودي ولم يعزره له، ولأن اللعان بينه في أحد طرفي القذف فكان بينه في الطرف الآخر كالبينة.

فإن قيل: لو سقط حد المرمي به بلعانه لوجب الحد بلعانه أيضاً كما قلت: يجب الحد عليها بلعانه قبل اللعان إنما يوجب حد يمكن إسقاطه بمثله، والمرأة لا تقدر على اللعان فجاز أن يجب الحد عليها بلعانه [٢٠٢/أ] والمرمي به لا يقدر على إسقاطه باللعان فلا يجب الحد عليه باللعان ولم يذكره في لعانه عنها، روى المزني عن الشافعي أنه يحد للمرمي به إلا أن يعيد اللعان ويذكره فيه كما لو لم يذكر الولد في اللعان وأراد نفيه يحتاج إلى إعادة اللعان وهذا أصح لأنه وجب له الحد بالقذف فلا يسقط إذا لم يذكره في اللعان كالزوجة وقال في «الإملاء» و«أحكام القرآن»: يسقط حده لأن ما كان تصديقاً فيها كان تصديقاً فيه، لأنه وطىء واحد وبه قال أحمد ولأن اللعان يثبت في حقه تبعاً لسقوط حدها باللعان.

فإذا قلنا بالأول وأعاد اللعان بذكر المرمي؛ لا تحتاج المرأة إلى أن يعيد لعانها لأنه لا يتعلق درىء الحد عنه بلعانها، وإنما يتعلق بلعانه وحده، وإن كان المرمي به اثنان أو أكثر فهل يجب حد واحد أو لكل واحد منهم حد؟ مبني على القولين في الواحد إذا قذف جماعة، فإن قلنا: يحد لهم حداً واحداً فهاهنا أولى، وإن قلنا يحد لكل واحد منهم حداً كاملاً فهاهنا وجهان: أحدهما بحيث لكل واحد منهم حد أيضاً، والثاني: يحد حداً واحداً لأنه ضرورة إلى ذكره، ولأن حقه يسقط بلعان واحد، فلذلك يسقط حد واحد، وقال أبو إسحاق: يكفي هاهنا حد واحد، ولا ينبغي على قذف الجماعة للعلة التي ذكرناها. وإن لم يلاعن أصلاً لها وللمرمي به الحد وهل يكفي حد واحد؟ فيه طريقان؛ إحديهما فيه قولان كما لو قذف رجلين بكلمة واحدة والثاني يكفيه حد واحد هاهنا، والفرق هناك بزنا بين رجلين وهاهنا القذف بزنا واحد وفعل واحد فيكفي حد واحد، فإذا قلنا: لا يكفيه حد واحد هل يجوز له أن يحد للمرمي؟ به وجهان؛ إحديهما: يجوز لأنه [٢٠٢/ب] قذف كان اللعان فيه مجوزاً في حق كل واحد منهما، والثاني: لا يجوز لأنه تابع لحد الزوجة في اللعان فلم يجز أن يفرد باللعان.

فرع آخر

لو طلبت المرأة حدها عند امتناعه من اللعان فحد ثم حضر المرمي به، فإن قلنا: الواجب حد واحد لا يجب له شيء، وإن قلنا: يجب حدان فقد استوفت المرأة حدها، وبقي حد المرمي به، فإما أن يلتعن في حده أو يحد له، وإن عفت هي عن حقها يصح عفوها، وسقط حدها وبقي حده، فإما أن يلتعن لإسقاطه أو يحد له، وإن اعترفت بالزنا فقد سقط عنه حدها وعليه حده ويلزمها حد الزنا باعترافها وحد القذف أيضاً للمرمي به، وإن أقام الزوج البينة بما ذكر لاشك أنهما يحدان.

مسألة: قال: «وإنْ كانَ معهَا ولدٌ فنفاهُ أو بهَا حملٌ فانتفىٰ منهُ قالَ: معَ كلِّ شهادةٍ اشهدُ باللهِ إنِي لمنْ الصادقينَ فيما رميتهَا بهِ منُ الزنَا وإنَّ هذَا الولدَ لولدٌ زنَا ما هو منيَ وإنْ كانَ حملاً قالَ: وإنْ هذَا الحملَ إنْ كانَ بهَا حمل لحملٌ مِنْ زنَا مَا هوَ منيَ».

إذا أراد نفي الولد أو الحمل باللعان لابد من أن يذكره في لعانه على ما ذكرنا مع كل شهادة بالله ومع كلمة اللعنة. فإن قيل: لم قال الشافعي، يقول: وإن هذا الحمل وإن كان بها حمل لحمل من زنا وهذا تعليق اللعان ولا يجوز ذلك. قيل: قوله إن كان بها ليس في بعض نسخ المزني وإنما فيه وإن هذا الحمل لحمل من زنا أو يقول: إن صح هذا النقل فمثل هذا التعليق لا تضر اليمين شيئاً لأن الحمل لايعلم قطعاً ويقيناً وإن قطع وجزم لعانه رجع قطعه وإطلاقه الى مثل هذا التعليق وإن لم يصرح به وفي الحقيقة هو تحقيق للأمر لا تعليق ثم قال: فإن أخطأ الإمام [٢٠٣/أ] فلم يدر نفى الولد أو الحمل في اللعان قال االزوج: إذا أردت نفيه أعد اللعان، وقد ذكرنا هذا فيما سبق ويكفي في اللعان المعاد أن يقول في كلمة: إني لمن الصادقين في أن هذا الولد من زنا وليس مني ولا تعيد المرأة اللعان.

مسألة: قال: ولو قذفَها برجلٍ فلمْ يلتعنْ بقذفهِ فإذَا أرادَ الرجلُ حدهُ أعادَ عليهِ اللعانُ وإلّا حدَّ لهُ إنْ لمْ يلتعنْ[١].

وقال في كتاب «الطلاق من أحكام القرآن»، وفي «الإملاء» على مسائل مالك ولما حكم الله على الزوج به في المرأة بالقذف ولم يسنن أن يسمى من يرميها به أو لم يسمه ورمى العجلاني امرأته بابن عمه أو ابن عمها شريك بن السحماء، وذكر للنبي ﷺ أنه رآه عليها، وقال: في الطلاق من أحكام القرآن فالتعن ولم يحضر رسول الله ﷺ المرمي بالمرأة فاستدللنا على أن الزوج إذا التعن لم يكن على الزوج الذي وفاه بامرأته حد، قال الإمام

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٦٥).

الجويني: وهذه الرواية هي المسموعة ومعناها معنى الرواية الأولى، يقال: قفا فلان فلاناً وأقفاه إذا اتبعه بريبة يجسها عليه وقد ذكرنا أنه يعتبر ذكر المرمى به في لعانه إذا أراد إسقاط حده، وإن لم يذكر فيه قولان منصوصان على ما ذكر هاهنا، فإن قيل: هذا الذي ذكره في «المختصر» متناقض لأنه قال: في أحكام القرآن فالتعن ولم يحضر المرمى به ولو كان له حد لأخذه له رسول الله ﷺ ولبعث إلى المرمى به فسأله وهذا يدل على أنه لم يبعث إليه، ثم قال: وقال في «الإملاء» وسأل رسول الله ﷺ شريكاً فأنكر فلم يحلفه ولم يجده بالتعان غيره وهذا الحالف الأول، قلنا: هذا ليس بمتناقض لأنه لم يكن ثبت [٢٠٣/ب] عنده في كتاب الطلاق من أحكام القرآن أن يسأله عن ذلك ثم ثبت عنده فرجع عنه في الإيلاء وأيضاً نقول: لم يسأله لما قذفه وعند اللعان لأن حقه يسقط باللعان وسأله لما ولدت امرأة العجلاني بعد ذلك ورأى في الولد شبهاً من شريك فلما أنكر لم يحلفه وقيل: لم يسأله عند القذف وسأله عند اللعان حتى أن طلب الحد ذكره الزوج في اللعان لأن الحق إذا ثبت له وهو لا يعلم فالإمام أن يسأله ويخبره بما ثبت له من الحق ولم يسأله بعد اللعان لأن حقه سقط به فلا تجسس بعد ذلك.

مسألة[١]: قال: «وقالَ في اللعانِ: وليسَ للإمامِ إذَا رمىٰ رجلٌ رجلاً أن يبعثَ إليهِ فيسألهُ عَنْ ذلكَ لأنَّ اللَّهَ تعالىٰ يقول: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾. فإنْ شبَه علىٰ أحدٍ بأَنْ النبيَّ ﷺ بعثَ أنيساً إلى امرأةِ رجلٍ فقالَ: إنْ اعترفتْ فارجمها»[٢].

الفصل

مقصود الشافعي من هذا الفصل أن يبين الفرق بين حديث العسيف وبين حديث شريك بن السحماء، والموضع الذي يحتاج فيه إلى الفرق أن رسول الله ﷺ لم يبعث إلى شريك في المشهور من الرواية وبعث إلى المرأة في حديث العسيف أنيساً وقال: واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها[٣]. ووجه الفرق ما أشار إليه الشافعي وهو أن تلك المرأة صارت مقذوفة في مجلس رسول الله ﷺ به فأوجب لها حد إن لم يعترف بالزنا لأن والد العسيف قال: يا رسول الله إن ابني كان عسيفاً لهذا فزنا بامرأته فهذا قذف صريح

---

(١) أخرجه البخاري في الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود (٢٧٢٥) ومسلم في الحدود، = باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٨) والترمذي في الحدود عن رسول الله، باب ما جاء في الرجم على الثيب (١٤٣٣).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٦٩).

(٣) وهو الحديث السابق نفسه.

وجب لها به حد وهي غير عالمة فكان على رسول الله ﷺ تعريفها لتطلب حدها، وإن لم يعترف بالزنا لم يتمحض بعث أنيس إليها تجسساً.

فأما شريك بن السحماء [٢٠٤/أ] لو بعث إليه رسول الله ﷺ من يستخبره أو يستحضره كان ذلك محض التجسس لأنه يسأل ليقام عليه حد الزنا إن اعترف، ولا يسأل ليقام على قاذفه حد القذف إن جحد، ، وكيف جحد قاذفه وقد التعن، وفي اللعان إذا سمي المرمي به يسقط حد قذفه، وإن لم يسمه يسقط أيضاً في أحد القولين وبه أجاب في «الإملاء» حيث ذكر هذا الفصل وهذا الفرق.

ثم اعلم أن بعد هذا الفرق في سواد الكتاب نوعان من الإشكال وراء الفرق أحدهما أن الشافعي أطلق بلفظه فقال: وليس للإمام إذا رمي رجل بزنا أن يبعث إليه فيسأله؛ وهذا كيف يستقيم مع روايته أن امرأة رميت بالزنا فبعث إليها. وإزالة هذا الإشكال بأن يقال: إنما أراد الشافعي بهذا الإطلاق صورة مخصوصة وهي إذا رمى رجل رجلاً بامرأته وتلاعنا، أو أراد أن يلاعن؛ فليس للإمام في مثل هذا الموضع أن يبعث إلى المرمي، لأن المرمي لا يستحق حد القذف على الزوج الملاعن فالبعث إليه محض التجسس. وقد قال الله: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾. وإن كانت الصورة في غير الزوج الرامي فليبعث كما بعث رسول الله ﷺ أنيساً ولم يرد الشافعي بمطلق لفظة هذه الصورة. والإشكال الثاني: في السواد أن الشافعي قد روى هاهنا أن رسول الله ﷺ سأل شريكاً فأنكر فلم يحلفه وهذا يدفع ما ادعى الشافعي أن مقذوف الزوج الملاعن لا يسأل لأنه تجسس. وإزالة هذا الإشكال بأن نقل الرواية قد اختلف في حديث شريك ففي رواية لم يستحضر، وفي رواية استحضر. فقصد الشافعي الكلام على إحدى الروايتين [٢٠٤/ب] أنه لم يستحضر ولم يبعث إليه ليسأله وفصل بالمعنى بين شريك وبين المرأة في حديث العسيف، فاستقام كلامه، وقوله فأما الرواية الثانية التي رويت أن رسول الله ﷺ سأل شريكاً فأنكر لا يمكن استعمالها إلا على القول الذي يقول: يجب الحد على الملاعن إذا سمى الزاني ولم يذكره في اللعان.

ولعل العجلاني لم يذكره في اللعان فخرج من هذا الزوج إذا قذف زوجته برجل بعينه ثم لاعن ولم يسمعه في اللعان هل يبعث إليه ويستحضر؟ قولان مبنيان على أنه هل يستحق حداً على الزوج ترك ذكره في اللعان؟ وفيه قولان؛ فإذا قلنا: لا يستحق حداً لا يبعث إليه لأن البعث إليه محض التجسس. وإذا قلنا: يستحق الحد يبعث إليه لما وجب له من الحد لا للتجسس على ما ذكرنا في امرأة العسيف. وقيل: إذا أيقن القاذف والمقذوف؛ لا يجوز للإمام أن يسأل المقذوف: هل زنا أم لا؟ ولكن هل يلزمه إعلام قاذفه لمطالبته بحده فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: يلزمه كما يلزمه إعلام ما ثبت عنده من أقواله وعلى هذا بعث أنيساً

إلى امرأة العسيف وهو الأظهر، والثاني: ليس عليه إعلامه لأن الحدود يدرأ بالشبهات وهذا اختيار أبي حامد.

والثالث: وهو اختيار ان سريج ابن تعدي قذف الغائب إلى قذف خصم حاضر مطالب لرجل قذف زوجته رجل سواه فلاعن بينهما لا يلزم الإمام إعلامه، وإن كان خلاف ذلك يلزم، وعلى هذا لو كان القذف من أجنبي لرجل وامرأة بزنا واحد فحضر أحدهما مطالباً بالحد لم يلزم الإمام إعلام الآخر لأن الحاضر إذا استوفى الحد فهو في حقه وحق الغائب لأن الزنا واحد وإن لم يتصل بحاضر [٢٠٥/أ] بطلب وجب على الإمام إعلامه ليستوفي حقه إن شاء. وقيل: أراد الشافعي لا يسأله ولا ينفذ أحداً إذا كان الرامي معيناً كان رجلاً قال عند الحاكم: الناس يقولون أن فلاناً زانٍ فلا ينفذ إليه أحد يخبره بذلك، وإن كان معيناً أنفذ إليه، وعلى هذا لو قال في هذه القرية أو في هذه المسكن زانٍ لا يتفحص الإمام، ولو رمي بحجر فقال: من رماني بهذا فهو زانٍ وهو لا يدري من رماه لا يكون قاذفاً، فإذا ظهر الرامي لا يبعث إليه الإمام من يخبره لأن الحد لا يجب على القاذف بهذا ولا يصح؛ لأن شريكاً كان معيناً ولم يبعث إليه رسول الله ﷺ وإنما سأل شريكاً بعد ولادة المرأة على ما ذكرنا، قال القفال: وقد قيل: إنما بعث أنيساً إلى امرأة العسيف لأن الزنا ثبت عليه بشهادة أبي الزاني، ورجل آخر على إقرارها بالزنا، فبعث إليها حتى إن رجعت عن إقرارها تركها، وإن لم ترجع حدها وهذا ضعيف.

مسألة: قال: «وأيُّ الزوجينِ كانَ أعجمياً التعنْ بلسانِه بشهادةِ عدلينِ يعرفانِ بلسانِه»...

إذا عرف الملاعنات بلسان العرب لم يجز أن يتلاعنا بغير العربية مع القدرة لأنها لغة رسول الله ﷺ ولغة القرآن. والنص في اللعان ورد بذلك. وإن لم يعرفا العربية تلاعنا بلسانهما لأن اللعان يمين، واليمين العجمية تجوز. وقال بعض أصحابنا: يجوز بالعجمية مع القدرة على العربية كما قلنا في... النكاح وهذا أقيس. ثم إن عرف الحاكم نسائهما حكم بعلمه، وإن لم يعرف قال الشافعي: يحكم بشهادة ترجمانين عدلين؛ واجب لو كانوا أربعة. فمن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد كما نص عليه، وإنما استحب أربعة لأن شهود [٢٠٥/ب] الزنا أربعة، ومنهم من قال فيه قولان مبنيان على الإقرار بالزنا فإن قلنا: يثبت الإقرار بعدلين يكفي في الترجمة عدلان، وإن قلنا: لا بد هناك من أربعة والأصح ما تقدم لأن اللعان لا يتضمن إقراراً بالزنا بحال ولا يخلو إما أن يكون يميناً أو شهادة، وأيهما كان يثبت بعدلين فلا معنى للبناء على الخلاف في الإقرار بالزنا، وقال أبو

حنيفة: الترجمة خبر فيقبل فيها قول الواحد العدل إذا تلاعنا بالعجمة، وهذا غلط لأنه يثبت به حد الزنا عليها فلا بد من العدد فيه.

مسألة: قال: «فإنْ كانَ أخرسَ يفهمُ الإشارةَ التعنْ بالإشارةِ».

الفصل

ثم قال: ثم تقام المرأة فتقول: أشهد بالله أن زوجي فلاناً وتشير إليه.

الفصل

وقد ذكرنا ما قيل في لعان الأخرس، والفصل الآخر عطف على أول الباب فذكر الزوج وقال: يبدأ به وساق الكلام واعترض في سياق الكلام ما ذكر من الفروع إلى نظم أوله بعطف عليه فقال: ثم تقام المرأة، ثم ذكر أنه يقفها عند الخامسة ويعظها، واحتج على ذلك بخبر ابن عباس الذي تقدم ذكره، وقال في موضع آخر: ويتلو عليها قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧]، قال أصحابنا: وروي أن امرأة ادعي عليها قتل فأنكرت فكتب عمر رضي الله عنه؛ أن احبسوها عند العصر واتلوا عليها هذه الآية ففعل فاعترفت. وروي أن رجلاً ادعى على رجل حقاً عند شريك بن عبد الله القاضي فأتى بشيخ يشهد له فقال المدعى لشريك: إن هذا الرجل لو سألت عنه لعدل ولا بأس بحاله ولكن. . . . . فشهد عليَّ كاذباً فأقبل شريك على الشيخ فقال: أيها الشيخ [٢٠٦/أ] روي عن النبي ﷺ أنه قال: إن الطيور لتغرب أجنحتها من هول يوم القيامة وإن شاهد الزور لا يرفع قدمه حتى تجب له النار فارتعد الرجل وتغير لونه وقال: رجعت عن هذه الشهادة[١].

باب ما يكون بعد التعان الزوجين من الفرقة[٢]

مسألة: قال: «وإذَا أكملَ الزوجُ الشهادةَ والإلتعانَ فقدْ زالَ فراشُ امرأتِهِ».

الفصل

إذا أكمل الزوج اللعان تعلنت الفرقة ونفي الولد بلعانه على ما ذكرنا ولا يجتمعان أبداً سواء أكذب نفسه وحد أو لم يكذب نفسه ولا حد، وبه قال عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم، والنخعي، والحسن، وعطاء بن أبي رباح، والزهري، والحكم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو يوسف، وإسحاق، ومحمد في

(١) ذكر نحوه ابن قدامة في «**المغني**» (١٠/ ١١٤).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٧٤).

رواية رحمهم الله، وقال أبو حنيفة، ومحمد: إذا كذب نفسه وحد زال تحريم العقد وحلت له بنكاح جديد، وقال سعيد بن جبير: إذا كذب نفسه عادت زوجته كما كانت، وقال سعيد ابن المسيب: إن كذب نفسه وهي في العدة حلت له وإلا فلا تحل له أبداً، وقال الحسن: إذا كذب نفسه لا يعود النسب كما لا يرتفع التحريم وهذا غلط؛ لما روى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً[(١)]، وقال سهل بن سعد رضي الله عنه: مضت السنة أن يفرق بين المتلاعنين ثم لا يجتمعان أبداً[(٢)]، وقال علي وعبد الله بن مسعود [٢٠٦/ب] رضي الله عنهما هكذا، وقال عمر رضي الله عنه: «يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً»[(٣)]، وروي أنه سئل ابن عمر عن المتلاعنين إذا أكذب نفسه هل ينكحها؟ فقال: لا سمعت رسول الله ﷺ يقول: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً، واحتج الشافعي فقال: قال رسول الله ﷺ للملاعن بعد اللعان لا سبيل لك عليها[(٤)]، ولم يقل حتى تكذب نفسك فلو كان الإكذاب غاية لهذه الحرمة لردها رسول الله ﷺ إلى هذه الغاية كما قال تعالى في المطلقة الثلاث ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. ثم عاد الشافعي إلى كلامه الأول أن الفرقة تقع بلعان الزوج وحده فقال: ولما قال رسول الله ﷺ: الولد للفراش[(٥)]، وكانت فراشاً لم يجز أن ينفي الولد عن الفراش إلا بأن يزول الفراش ومقصوده بهذا الكلام الاحتجاج على أن قطع الفراش يحصل بلعان الزوج قبل لعانها وقبل قضاء القاضي بالطلاق.

ووجه الاحتجاج أن رسول الله ﷺ قال: الولد للفراش ومعقول أن الزوج إذا لاعن انتفى عنه الولد قبل لعانها وصار ملحقاً بالأم كما ألحقه رسول الله ﷺ فلولا أن الفراش زائل قبل لعانها لما صار الولد منتفياً عنه فإن ارتكب الخصم فقال: لا يصير الولد منتفياً إلا بعد لعانها قيل له: إن نفي الولد عن الزوج بيمينه والتعانه لا بيمينها ولعانها لأن الاعتبار

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في اللعان (٢٢٤٨).

(٣) أخرجه مالك في «**الموطأ**»، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح (١١٣٧).

(٤) أخرجه البخاري في الطلاق، باب قول الإمام للمتلاعنين إذ أحدكما كاذب (٥٣١٢) ومسلم في اللعان، (١٤٩٣) والنسائي في الطلاق، باب اجتماع المتلاعنين (٣٤٧٦) وأبو داود في الطلاق باب في اللعان (٢٢٥٧).

(٥) أخرجه البخاري في البيوع، باب تفسير المشبهات (٢٠٥٣) ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات (١٤٥٨) والترمذي في الرضاع، باب ما جاء أن الولد للفراش (١١٥٧) وأبو داود في الطلاق، باب الولد للفراش (٢٢٧٣).

بقوله في الالحاق لا بقولها، ألا ترى أنها في لعانها تلحق الولد به ونحن ننفيه عنه فيعتبر، ففي الزوج لا الحاق المرأة وهذا إذا كذب الزوج نفسه ألحق الولد به وما دام مصراً على اللعان [٢٠٧/أ] فالولد منفي عنه، ولهذا لو قالت الأم: ليس هو منك إنما استعرته لم يكن. . . . . وهو يستلحقه والولادة على فراشه فعرفنا أن نفي الولد بلعانه لا بلعانها والولد لا ينفى عنه إلا والفراش منقطع لأن رسول الله ﷺ قال: الولد للفراش، وللعاهر الحجر فخرج من هذا إن ما لم يكن للعانها تأثيره في النفي لم يعتبر فيه أصلا إذا انتفى بلعانه وحده بالدليل انقطع الفراش بلعانه وحده أيضاً ثم اعلم إذا بانت باللعان إن كان قبل الدخول لا سكنى لها ولا نفقة ولا عدة لها نصف المهر، وإن كان بعد الدخول فإن كانت حاملاً لا نفقة لها في العدة فإن كانت حاملاً، فإن لم يكن نفى الحمل هل يلزمه النفقة لها؟ قولان، وإن كان نفى الحمل لا نفقة أصلاً والسكنى قولا واحداً حتى تنقضي العدة والمهر بتمامه لازم، وقد روي ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال للمتلاعنين: حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها، قال: يا رسول الله مالي قال: لامال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك[1]، وقال الحكم وحماد: إذا لاعن قبل الدخول بها لها الصداق كاملاً، وقال الزهري: إذا تلاعنا لا صداق لها وهذا غلط لما ذكرنا.

مسألة: قالَ: «وقالَ بعضُ الناسِ: إذا التعنْ ثم قالتْ: صدقتْ إنِي زنيتُ فالولدُ لاحقُ ولَا حدَّ عليهَا ولا لعانَ»[2].

الفصل

إذا قذف زوجته فصدقته فيما ذكر لا يخلوا إما أن تكون بعد فراغه من اللعان أو قبل ذلك فإن كان بعد فراغه منه تعلق باعترافها حكم واحد وهو أنها لا تلاعن على نفي الحد عنها ويكون الحد. . . . . عنها بلعانه واعترافها به فإن أكذبت نفسها فقالت: كذبت ومازنيت [٢٠٧/ب] سقط ما وجب عليها باعترافها وكان لها الآن أن تلاعن على إسقاط الحد عن نفسها وإن صدقته قبل فراغه من اللعان فلا فصل بين أن يكون التصديق قبل شرعه في اللعان أو بعد شروعه فيه وقبل إكماله فقد وجب الحد عليها باعترافه وسقط عنه حد القذف، وأما اللعان فإن كان هناك ولد نفاه ولاعن، وإن لم يكن ولد هل يلاعن لقطع الفراش؟ قد ذكرنا، وقال أيو حنيفة: إذا صدقته واعترفت بالزنا لا حد عليها بإقرارها مرة واحدة ولا لعان وبقي

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٧٦).

الولد ثابت النسب فيتعذر اللعان منه عند أبي حنيفة بعذره من جهة المرأة ولا ينتفي النسب من دون اللعان، واحتج الشافعي عليه فقال: دخل عليه أنه لو قذف فاسق عفيفة مسلمة والتعن كاذباً وبقي الولد وهي عند المسلمين اصدق منه كان الولد منفياً عنه، وإن كانت فاسقة فصدقته وقالت: زنيت كان الولد ملحقاً به فجعل أبو حنيفة ولد العفيفة لا أب له وألزمها عادة وجعل ولد الفاسقة ولداً له أب لا ينفى عنه بحال وهذا بحال.

مسألة: قال: «وأيهمَا ماتَ قبلَ أن يكملَ الزوجُ اللعانَ ورثَ صاحبهُ».

الفصل

إذا مات أحد الزوجين بعد الشروع في اللعان لا يخلو إما أن يموت الزوج أو الزوجة. فإن مات الزوج فلا سبيل إلى إكمال اللعان لأن الورثة لا يقومون مقامه، وإن ماتت الزوجة نظر فإن جاء ورثتها تطالبه بالحد كان له أن يكمل اللعان بدرء الحد عن نفسه، وإن لم تطالبه بحد، فإن كان هناك نسب يريد نفيه كان له أن يكمل اللعان، وإن لم يكن نسب لم يكن له إكماله، فإذا قلنا له : إكماله فأكمله لم ينقطع إرثه منها لأن النكاح زال بالموت لا باللعان فإن قيل أليس لو مات الولد ثم لاعن على نفيه [٢٠٨/أ] بعد موته لا يؤثر قلنا: الفرق هناك بيننا باللعان إن لم يكن إبناً له قط ولا يتبين إنها لم تكن زوجة له بل تنقطع الزوجية عقيب الفراغ من اللعان في الحال فافترقا، فإن قيل: فالزوج بعض الورثة فكيف تطالبه باقي الورثة؟ قلنا: لأن حد القذف لكل الورثة ولكل واحد منهم لما ذكرنا أنه لو عفى بعضهم كان للباقين الاستيفاء بخلاف القصاص، وإن ماتت المرأة ولا وارث لها هل يطالب الإمام بالحد، ويلاعن على ما ذكرنا فيما تقدم والأظهر أنه يسقط حكمه بموتها هاهنا ولو مات بعد فراغه من اللعان لا توارث خلافاً لمالك وأبي حنيفة بناءً على أصلهما حيث قالا لا ينقطع النكاح بلعانه وحده على ما ذكرنا من مذهبهم فيما تقدم.

مسألة: قال: «فإنْ امتنعَ أن يكملَ اللعانَ حدَّ لهَا، فإنْ طلبَ الحدَّ الذِي قذفهَا بهِ لمْ يحدْ»[1].

إذا شرع الزوج في اللعان ثم أكذب نفسه قبل إكماله حددناه لها حد القذف لأن الحد إنما يسقط بكمال اللعان، فإذا لم يكمل لا يسقط كما لو لم يكمل البينة ثم إذا حددناه لها ثم جاء المرمى به وطالبه بالحد هل يحد له؟ ذكرنا فيما تقدم والمنصوص هاهنا أنه لا يحد له وهو اختيار أبي إسحاق. فإن قيل: أليس لو عفت المرأة حددتموه لها حداً كاملاً فدل

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/٧٨).

على أن عليه حدين، قلنا: هذا يدل على أن لكل واحد منهما حقاً على الحد ولا يدل على انفراد كل واحد منهما بحد كامل..... أن رجلا لو سرق من رجلين فأيهما جاء يطالبه قطعنا يده لهما جمة وإن عفا أحدهما ولم يطالب وجاء الآخر وطالبه قطعنا يده له [٢٠٨/ب] فإن قيل: إذا لاعنهما ولم يسمه في لعانه أوجبتم إعادة اللعان له ولم يسقط حقه بسقوط حقها في أحد القولين فقولوا مثله هاهنا، قلنا: البينة إذا قامت أنه سرق من اثنين فلا بد من أن يسمي البينة كل واحد من المسروق منهما والقطع لهما واحد فلذلك هاهنا لابد من تسميتها والحق لهما واحد.

قال صاحب المنهاج: وعلى ما ذكرنا لو أقر رجل بالزنا وسمي المزني بها ثم رجع عن إقراره ليس عليه حد القذف لأن الإقرار إقرار واحد وقد أسقطنا حكمه في نفسه قياساً على ما لوحد لها سقط حد المرمى به لأن الفعل واحد، قال: وقد قيل غير ذلك وعندي هذا سهو منه، والمنصوص أنه إذا رجع عن إقراره لا يسقط حد قذفها ثم قال الشافعي: والولد للفراش ولا ينفي إلا على ما نفى به رسول الله ﷺ وأراد به أن الولد لمحقه ولا ينفى عنه إلا باللعان ولا ينفي بالشبه والاستدلال وأراد لا ينتفي إلا بكمال اللعان خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: أكثر اللعان يكفي إذا حكم به الحاكم وهذا التأويل أظهر، ولو قال: هو ولد زنا وما هو مني أو انتفيت منه أو أنا بريء منه لا يؤثر في نفيه وهذا المراعاة الاحتياط في النسب.

مسألة: قال: «ولو أكملَ اللعانَ وامتنعتْ من اللعانِ وهي مريضةٌ أوْ فِي بردٍ أو حرٍ وكانتْ ثيباً رجمتْ».

الفصل

عبّر الشافعي عن المحصنة بالثيب وعن غير المحصنة بالبكر كما عبر رسول الله ﷺ حيث قال: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم[1]، وجملته أنه لا يخلو إما [٢٠٩/أ] أن تكون بكراً أو ثيباً، فإن كانت بكراً يجب عليها عند الامتناع من اللعان بعد لعانه حد الإبكار وهو الجلد والتغريب فإن كانت صحيحة والهواء معتدل لا شدة حر ولا شدة برد يقام عليها الحد، وإن كان الهواء غير معتدل لا يقام حتى يعتدل الهواء لأن القصد منه الزجر والردع لا الإتلاف ولا يؤمن منه السراية والتلف، وإن كانت

(١) أخرجه مسلم في الحدود، باب حد الزنى (١٦٩٠) والترمذي في الحدود عن رسول الله، باب ما جاء في الرجم على الثيب (١٤٣٤) وابن ماجه في الحدود، باب حد الزنى (٢٥٥٠) وأحمد في «مسنده» (١٥٤٨٠).

مريضة فإن كان مرضها يرجى زواله أخر إلى أن تبرأ، وإن كان لا يرجي زواله كالزمانة والسل أقيم عليها الحد عاجلاً بأطراف الثياب وأشكال الحد ولا فرق بين أن يكون ثبت عليها هذا الحد بالبينة أو بامتناعها من اللعان أو بالإقرار وإن كانت ثيباً، قال أبو إسحاق: ترجم في جميع الأحوال لأن القصد إتلافها وهو ظاهر كلام الشافعي ومن أصحابنا من قال: هذا إذا ثبت الرجم بالبينة، فإن ثبت بإقرارها أو بامتناعها من اللعان أخر لشدة الحر والبرد لأن لها مخلصاً منه بالرجوع عن الإقرار والإقدام على اللعان فلانا من أن ترجمها بعض الرجم ثم ترجع فتكون قد أعفا على تلفها وليس كذلك إذا قامت عليها البينة لأن لا مخلص لها منه وهذا لا يصح لأنه يحتمل رجوع الشهود عن الشهادة كما يحتمل رجوعها، وقال بعض أصحابنا: على عكس هذا، وهو أنه إن ثبت بالبينة لا يقام الحد إلا في هواء معتدل بخلاف الإقرار والفرق إن المقر هتك حرمة نفسه وأظهر الزنا الذي كان مندوباً إلى ستره فغلظ عليه وإقامة الحد في جميع الأوقات بخلاف ما لو أقيم عليه البينة وهذا ليس بشيء، وقال القفال: نص الشافعي بالإقرار أنه يؤخر وقال بعض أصحابنا: عليه اشاعهامن اللعان [٢٠٩/ب] وفرق بعض أصحابنا بينهما وهو أنه يستحب له الرجوع عن الإقرار، وإن كانت صادقة في إقرارها فنحن وإن حملنا الأمر على الصدق فالتوهم باق وهاهنا وإن كانت محقة في امتناعها من اللعان فلا يندب ولا يباح لها أن تلاعن لأنها مبطلة في اللعان فلهذا لا يؤخر عن الحر والبرد وأسباب التلف وهذا كما أن رجوع الشهود عن الشهادة موهوم غير أن الظاهر أنهم صادقون ومع الصدق لا يرجعون فلا يؤخر هناك وهذا أيضاً ضعيف بخلاف ظاهر نص الشافعي وأما قطع الطرف في القصاص من أصحابنا من قال: نص الشافعي على أنه لا يقطع في شدة الحر والبرد ويؤخر القطع في السرقة بحيث أن تكون مثله، وقال الداركي: يقطع في الحال لأن قطع الطرف يقضي إلى التلف في الغالب فإذا أذن فيه مع الخوف من التلف استوفى الأحوال كلها في استيفائه.

مسألة: قال: «وقالَ بعضُ الناسِ لا يلاعنُ بحملٍ بعدَ ربحٍ»(١).

أراد به أبا حنيفة حيث قال: لا يجوز نفي تحمل بحال على ما ذكرنا من مذهبه ودليلنا على فساده، واحتج عليه الشافعي هاهنا فقال: له أرأيت لو أحاط العلم بأن ليس حمل أما يلاعن بالقذف قال: بلى، قيل: فلما لا تلاعن مكانه وهذا ألزام مختصر ومعناه أنه لو كانت حاملاً بحيث نعلم يقيناً أن لا حمل بها وقذفها جاز له ملاعنتها وقطع فراشها فإذا بان لها حمل فلم لا تلاعنها مكانه فإن قلت: لا يلاعنها حتى تصنع فهذا محال لأنه متى جاز له

(١) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٨٠).

اللعان ولا حمل بها لأن القذف موجود وجب أن يجوز اللعان وبه حمل لأن القذف موجود، وإن قلت له أن يلاعنها في الحال ويقطع فراشها لكان له نفي الولد [٢١٠/أ] لأن الولد للفراش والوقت الصالح لنفي الفراش صالح لنفي الولد.

مسألة: قال: «وزعمَ يعني أبا حنيفَة لو جامعهَا وهوَ يعلمُ بحملهَا فلمَا وضعتْ تركهَا تسعاً وثلاثينَ ليلةً وهي فِي الدمِ معهُ فِي مقرٍّ لهُ ثمَّ نفي الولدانِ ذلكَ له».

الفصل

قد ذكرنا أنه يصح نفي الحمل باللعان خلافاً لأبي حنيفة فإن لم ينفه وتركه لم يلزمه لأن تركه محتمل أن يكون لأنه تحقق وجوده، وذكر الإمام الجويني في «المنهاج» أنه لو أحاط عنه بالحمل فسكت ولم ينف ليس له المنفي بعده خلافاً لأبي حنيفة لأن يكون دليل على رضاه به، وهذا محتمل إذا قال: اعلم أن بها حملاً ولا ألقى الأن أو سكت، وإذا وضعت وعلم وأمكنه نفيه فلم ينف لزمه نسبه عندنا وليس له نفيه بعدها لأنه على النور وفيه قول آخر للشافعي: أنه تمهل ثلاثة أيام وقال أبو حنيفة: له أن يؤخر النفي يوماً أو يومين استحساناً، وروي عنه ثلاثة أيام كما قلنا في أحد القولين وقال أبو يوسف محمد: بقدر ذلك يحده الناس أربعون يوماً لان أيام دم النفساء لحالة الولادة، وقال عطاء ومجاهد: له نفيه أبداً ما لم يغربه وهذا كله غلط؛ لأنه خيار ثبت لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الرد بالعيب والشفعة.

واعلم أن الشافعي اشتغل في هذا الفصل بالاحتجاج في مسألة الحمل واللعان عليه، فقال: قد ترك أبو حنيفة ما حكم به رسول الله ﷺ بين العجلاني وامرأته وهي حامل من اللعان فجائت السنة بمنع اللعان على الحمل ثم الزمه فساد مذهبه في المسألة الأخرى فقال: ولو لم يكن كما قلنا سنة كان قد جعل السكات [٢١٠/ب] في معرفة الشيء في معنى الإقرار، فزعم في الشفعة إذا علم فسكت فهو إقرارٌ بالتسليم، وفي العبد يشتريه إذا استخدمه رضا بالعيب ولم يكلم فحيث شاء جعله رضا، ثم جاء إلى الأشبه بالرضا والإقرار وهو نسب هذا الولد فجعله رضا، ثم ذهب في ذلك إلى تقدير الأصل له، فجعل صمته إلى أربعين ليلة إقراراً بنسبه وأباه في تسع وثلاثين ليلةً، فما الفرق بين الصمتين؟ ومقصود مناقضة قوله حيث جعل السكوت رضا في الشفعة والرد بالعيب ولم يجعله رضا فيما الأولى بالاحتياط فيه وهو النسب، ولم يقدر في الشفعة والرد بالعيب بثلاثة أيام وقدر هنا بأربعين يوماً، وهذه مناقضة ظاهرة.

واعلم أن مذهب أبي حنيفة خلاف ما ظنه الشافعي على ما ذكرنا. وقيل: علم هو مذهب أبي حنيفة وهذه المناظرة مع أبي يوسف.

مسألة: قَالَ: «وَزَعَمَ بِأَنَّهن اسْتَدَلَّ بِأَنَّ اللَّهَ عَزَ وَجَلَ لَمَّا أَوْجَبَ عَلَى الزَّوْجِ الشَّهَادَةَ لِيَخْرُجَ بِهَا مِنَ شَيْءٍ فَلَمْ يَحْلِفَ حَكَمْتُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الشَّيء إمَا في مالٍ أَوْ غَضْبٍ أَوْ جُرْحِ عَمْدٍ، قَالَ: نَعْم، فَقُلْتُ: فَلِمَ لَمْ تَقل ذَلِكَ في المَرْأَةِ أَنَّكَ تُحلفَا لِتَخْرُجَ مِنَ الحَدِّ».

الفصل

اعلم أن الشافعي رجع إلى المناظرة في مسألة سبقت في هذا الباب، وهي أن الزوج إذا لاعن ونكلت عن اللعان فعليها حد ذكرها خلافاً لأبي حنيفة، واختلفوا في الزوج إذا نكل عن اللعان، فمنهم من قال: لا يلزمه الحد [٢١١/أ] بل يحبس ليلاعن، وهذا هو المشهور من مذهبه. ومنهم من سلم أن الزوج يحد، والشافعي حكى له هذا المذهب، واستدل عليه بما ذكر ورجح أحد المذهبين لهم، فقال: وليس في التنزيل أن الزوج يدرأ باللعان حداً كما في التنزيل أن المرأة تدرأ باللعان حداً، ثم حددت الزوج إذا نكل فأولى أن تحدها إذا نكلت، واحتج على بطلان الحبس فقال: «لها أن تقول: إن كان الزوج صادقاً فحدوني، وإن كان كاذباً فخلوني فما بالي والحبس، وليس حبسي في كتاب الله تعالى ولا سنة ولا إجماع ولا قياس على أحدها»، ثم زاد الشافعي إلزاماً فقال: «فإن قلت العذاب المذكور في القرآن هو الحبس لا الحد فهذا خطأ ـ لأنه يكون مجهول المقدار حينئذ ـ فكم ذاك الحبس مائة يوم أو حتى يموت، قد قال تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]، أفتراه على الحد أو الحبس؟ قال: بل الحد وما الحبس بحد، والعذاب في الزنا الحدود، ولكن السجن قد يلزمه اسم العذاب». فإذا جاز لك أن تعذبها بالحبس تحكيماً من جهتك وليس حبسها من الكتاب، فجوز لنفسك أن تقول بحكم آخر يعذب بالتغريب والدهن والتعليق؛ لأن كل ذلك يسمى عذاباً.

ثم رجع الشافعي إلى أول هذا الباب فتكلم في تأييد الحرمة باللعان، واحتج بما روي عن عمر، وعلي، وعبد الله بن مسعود، رضي الله عنهم أنهم قالوا: «لا يجتمع المتلاعنان أبداً» وهم رووا عنه وخالفوهم.

محتوى الجزء العاشر من كتاب بحر المذهب

كتاب الطلاق

كتاب الرجعة

كتاب الإيلاء

كتاب الظهار

كتاب اللعان